V. 17 N. 3
SET-DEZ 2021

ISSN 2317-6172

40

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

# Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

# Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

v. 17 n. 3 SET-DEZ 2021

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

REVISTA DIREITO GV [RECURSO ELETRÔNICO] / FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. - VOL. 17, N. 3 [SET-DEZ 2021] - 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. 17 n. 3 SET-DEZ 2021

**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 TEREZA 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**

BÁRBARA REBECA ALVES MAGARIAN, LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN E LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA

**PREPARAÇÃO E REVISÃO DE TEXTOS**

BÁRBARA PILOTO SINCERRE, JOSÉ IGNACIO COELHO MENDES NETO, LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA, MONALISA MARCONDES NEVES, PAULA BRITO ARAÚJO E TEREZA GOUVEIA

**TRADUÇÃO** (EDITORIAL)

BÁRBARA REBECA ALVES MAGARIAN E LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN

**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 | REDIB - RED IBEROAMERICANA DE INNOVACIÓN Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO | REPOSITÓRIO FGV DE PERIÓDICOS E REVISTAS | SCIELO – SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE | SCOPUS | SHERPA/ROMEO | ULRICHSWEB

# SUMÁRIO

## EDITORIAL

BATALHA PELO DIREITO AO ABORTO NA AMÉRICA LATINA:
CONCEITOS-CHAVE SOBRE UM CENÁRIO EM MUDANÇA
*ABORTION LAWFARE IN LATIN AMERICA: SOME READING KEYS FOR A CHANGING SCENARIO*
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, CAMILA GIANELLA, MARÍA ANGÉLICA PEÑAS DEFAGO
E MARTA R. DE ASSIS MACHADO **: e2133**

## ARTIGOS

"LUGARES DE TRÁFICO": A GEOGRAFIA JURÍDICA DAS
ABORDAGENS POLICIAIS EM PORTO ALEGRE
*"DRUG PLACES": THE LEGAL GEOGRAPHY OF POLICE STOPS IN PORTO ALEGRE*
LUCAS P. KONZEN E JULIA M. GOLDANI **: e2134**

COMO OS DESEMBARGADORES REAGEM A DERROTAS?
*HOW JUDGES REACT TO DEFEATS?*
MATEUS MORAIS ARAÚJO E LUCAS FERNANDES MAGALHÃES **: e2135**

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS OU DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS
REPRODUTIVOS? DILEMAS E CONTRADIÇÕES NOS MARCOS NORMATIVOS
NACIONAIS E INTERNACIONAIS
*SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS OR SEXUAL RIGHTS AND REPRODUCTIVE RIGHTS? DILEMMAS*
*AND CONTRADICTIONS IN THE INTERNATIONAL AND THE BRAZILIAN LEGAL FRAMEWORK*
JULIANA CESARIO ALVIM GOMES **: e2136**

LIDERANÇA RELACIONAL E MODERNIDADE ORGANIZACIONAL
EM FIRMAS DE ADVOCACIA DE BELÉM DO PARÁ
*RELATIONAL LEADERSHIP AND ORGANIZATIONAL MODERNITY IN BELÉM DO PARÁ LAW FIRMS*
LUCCA DARWICH MENDES, ANDERSON DE SOUZA SANT'ANNA E DANIELA MARTINS DINIZ **: e2140**

AS COMPANHIAS BRASILEIRAS SÃO SOCIALMENTE SUSTENTÁVEIS?
UMA ANÁLISE DAS INICIATIVAS NOS RELATÓRIOS DE SUSTENTABILIDADE
DE COMPANHIAS BRASILEIRAS
*ARE BRAZILIAN COMPANIES SOCIALLY SUSTAINABLE? AN ANALYSIS OF THE*
*INITIATIVES ON BRAZILIAN COMPANIES' SUSTAINABILITY REPORTS*
LIGIA PIRES PINTO, ANDRÉ TERRERI E HELOISA BIANQUINI **: e2142**

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL ESPECIAL É MAIS VANTAJOSA DO QUE A
RECUPERAÇÃO JUDICIAL ORDINÁRIA? UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS
*IS THE SPECIAL JUDICIAL RECOVERY PROCEDURE MORE ADVANTAGEOUS*
*THAN THE ORDINARY PROCEDURE? A GAME THEORY PERSPECTIVE*
HENRIQUE ARAKE E LUÍS ROBERTO ALCOFORADO **: e2144**

REGULAÇÃO DA FORMAÇÃO DE PROFESSORES PARA O ENSINO
DO DIREITO NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DE DOIS CASOS
*REGULATION OF TEACHER TRAINING TO THE LEGAL EDUCATION: ANALYSIS FROM TWO CASES*
JORDI OTHON ANGELO E JOANNES PAULUS SILVA FORTE **: e2145**

# BATALHA PELO DIREITO AO ABORTO NA AMÉRICA LATINA


CONCEPTUALIZING ABORTION LAWFARE
*CONCEITUAÇÃO DE "*ABORTION LAWFARE*"*
SIRI GLOPPEN **: e2143**

COSTA RICA'S OVERSIZED ROLE IN LATIN AMERICAN SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS LAWFARE
*O VASTO PAPEL DA COSTA RICA NA DISPUTA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS POR MEIO DO* LAWFARE *NA AMÉRICA LATINA*
LYNN M. MORGAN **: e2137**

ABORTION LAWFARE IN MEXICO'S SUPREME COURT: BETWEEN THE RIGHT TO HEALTH AND SUBNATIONAL AUTONOMY
*BATALHA PELO DIREITO AO ABORTO NA SUPREMA CORTE DO MÉXICO: ENTRE O DIREITO À SAÚDE E A AUTONOMIA SUBNACIONAL*
RACHEL SIEDER AND YACOTZIN BRAVO ESPINOSA **: e2138**

LEGAL GUERILLA: JURISDICTION, TIME, AND ABORTION ACCESS IN MEXICO CITY
*GUERRILHA JURÍDICA: JURISDIÇÃO, TEMPORALIDADE E ACESSO AO ABORTO NA CIDADE DO MÉXICO*
AMY KRAUSS **: e2139**

JUDICIAL LAWFARE: ANALYSIS OF LEGAL ARGUMENTS AGAINST ABORTION RIGHTS IN PERUVIAN COURTS
LAWFARE *JUDICIAL: ANÁLISES DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS CONTRA OS DIREITOS AO ABORTO NAS CORTES PERUANAS*
CAMILA GIANELLA AND BRENDA ÁLVAREZ **: e2146**

SOCIO-LEGAL STRATEGIES AGAINST A TOTAL ABORTION BAN IN EL SALVADOR: ALLIANCES IN HOSTILE CONTEXTS
*ESTRATÉGIAS SOCIOJURÍDICAS CONTRA A PROIBIÇÃO TOTAL DO ABORTO EM EL SALVADOR: ALIANÇAS EM CONTEXTOS HOSTIS*
MARÍA ANGÉLICA PEÑAS DEFAGO AND VIOLETA CÁNAVES **: e2147**

BY-NC



# **BATALHA PELO DIREITO AO ABORTO NA AMÉRICA LATINA:** CONCEITOS-CHAVE SOBRE UM CENÁRIO EM MUDANÇA

https://doi.org/10.1590/2317-6172202133

É com grande satisfação que apresentamos o último número da *Revista Direito GV* de 2021 (v. 17, n. 3, setembro/dezembro 2021). Este é também um importante marco: a revista completou 40 números desde sua fundação em 2005.

Esta edição comemorativa traz o dossiê especial intitulado "Batalha pelo direito aborto na América Latina" (*Abortion Lawfare in Latin America*), que apresenta pesquisas produzidas desde 2013 a partir do projeto de mesmo nome realizado no Centre on Law & Social Transformation, Chr. Michelsen Institute (CMI) e Universidade de Bergen (Noruega), em parceria com pesquisadoras e instituições da Argentina, do Brasil, da Colômbia, do México, do Peru e dos Estados Unidos.[1] A Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas não apenas esteve envolvida no estudo de caso aprofundado sobre o Brasil, coordenado por Marta Machado, como também foi anfitriã, em 2016, de um dos *workshops* de estudos comparados e dos seminários públicos realizados para discutir e refletir sobre os estudos de caso e as batalhas sobre o direito ao aborto na região.

O objetivo inicial do projeto era refletir sobre o fenômeno das batalhas jurídicas pelo direito ao aborto na América Latina e suas dimensões políticas. Em toda a região, o direito ao aborto já estava surgindo como uma questão controversa durante as campanhas eleitorais. Além disso, casos como o colombiano e o mexicano mostravam possibilidades de retrocesso de vitórias judiciais, por meio de projetos de reforma constitucional ou do uso do poder político para desestimular serviços de saúde e mulheres à procura de serviços de aborto, bem como os riscos de fraca implementação das decisões judiciais que expandiram o direito ao aborto.

Uma descoberta inicial do projeto foi que os atores envolvidos nas batalhas legais pelo direito ao aborto na América Latina usam diferentes arenas e estratégias, às vezes simultaneamente.

1 O projeto desenvolvido durante 2014-2017 foi financiado pelo Research Council of Norway e coordenado por Rachel Sieder (CIESAS) e Siri Gloppen (LawTransform, CMI/UiB). As batalhas pelo direito ao aborto na América Latina foram analisadas a partir do uso estratégico de direitos e da lei na Argentina (estudo de caso coordenado por Paola Bergallo), no Brasil (estudo de caso coordenado por Marta Machado), na Colômbia (estudo de caso coordenado por Isabel Jaramillo e Ana Cristina Gonzalez), no México (estudo de caso coordenado por Yacotzin Bravo e Rachel Sieder), Peru (estudo de caso coordenado por Camila Gianella) e em El Salvador (estudo de caso coordenado por María Angélica Peñas Defago), e incluiu um artigo regional conduzido por Alicia E. Yamin.

Ademais, o intercâmbio entre estudiosas latino-americanas permitiu identificar semelhanças nas estratégias e nos argumentos utilizados para avançar no reconhecimento do direito ao aborto, bem como para limitá-lo. Essas primeiras descobertas estimularam a ideia de editar um dossiê especial que descrevesse as principais características do fenômeno regional das batalhas jurídicas sobre o direito ao aborto na América Latina a partir de casos específicos. A *Revista Direito GV*, uma das principais revistas brasileiras com foco em pesquisa sócio-jurídica, surgiu como um veículo adequado para disseminar essas descobertas, pois era importante procurar um periódico no qual houvesse revisão por pares,[2] acesso aberto e fosse facilmente disponível para pesquisadores na América Latina e além.

Até o momento, a literatura de estudos sócio-jurídicos sobre disputas pelo direito ao aborto em todo o mundo e particularmente na América Latina analisou o papel fundamental desempenhado pelos tribunais nessas disputas jurídicas (JARAMILLO and ALFONSO, 2008; KANE, 2008; ANSOLABEHERE, 2009; RUIBAL, 2014 and 2021; MACHADO and COOK, 2018) e as estratégias desenvolvidas por ativistas que contestam o acesso ao aborto legal (MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2016). Isso inclui o surgimento da mobilização legal conservadora nos tribunais (MORGAN, 2014; BERGALLO, JARAMILLO SIERRA and VAGGIONE, 2018; LEMAITRE, 2014; LEMAITRE and SIEDER, 2017) e os enquadramentos jurídicos desenvolvidos por meio dessas disputas (BERGALLO and RAMÓN MICHEL, 2016; LEMAITRE, 2014; RAMÓN MICHEL and BERGALLO, 2018; MACHADO and MACIEL, 2017; MACHADO and BRACARENSE, 2018). Outros estudiosos analisaram a relação entre partidos políticos e igrejas (MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2016 and 2020; VAGGIONE and MORÁN FAÚNDES, 2021), incluindo um foco no aumento do papel dos grupos religiosos na política local (CAMPOS MACHADO, 2012; MONTERO, 2012; VAGGIONE and CAMPOS MACHADO, 2020). Contudo, ainda há uma grande agenda de pesquisa a ser abordada para compreender melhor esse cenário complexo.

Os artigos que compõem este dossiê especial pretendem contribuir para esse campo emergente de estudo, descrevendo, por meio de uma análise aprofundada de casos da Costa Rica, de El Salvador, do México e do Peru, diferentes elementos de contestação do direito ao aborto na região, mesmo em contextos em que, supostamente, houve grande desenvolvimento positivo.

2 Nota de Editora-Chefe: todos os artigos foram submetidos a, pelo menos, dois pareceristas anônimos. Agradecemos esses pareceristas por sua valiosa contribuição a todos os artigos deste dossiê especial. Para garantir a anonimidade durante a avaliação editorial, quando necessário, apenas parte das editoras convidadas participou no processo de revisão. Esses casos foram destacados nas páginas iniciais dos artigos.

Este dossiê especial inclui a apresentação do referencial teórico desenvolvido por Siri Gloppen – "*Conceptualizing Abortion Lawfare*" –, que constitui uma importante contribuição teórica para a análise desses fenômenos. O artigo descreve como, na região, diferentes arenas – como tribunais e legislaturas – apresentam diferentes estruturas de oportunidade para movimentos e contramovimentos, obrigando-as a adaptar estratégias, enquadramentos e táticas em resposta tanto à natureza dessas arenas quanto umas às outras e ao desenvolvimento internacional. As diferentes arenas descritas por Gloppen permitem-nos compreender a dimensão local e internacional desses processos e observá-los de forma dinâmica e relacional.

O artigo de Lynn Morgan – "*Costa Rica's Oversized Role in Latin American Sexual and Reproductive Rights Lawfare*" – apresenta a contestação política em torno da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Embora o tema em si tenha sido o foco de extensa literatura, Morgan inova ao analisar as características especiais da rejeição das decisões da CIDH sobre questões relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos e seus impactos potenciais específicos.

Dois artigos mostram o papel fundamental desempenhado pelos tribunais superiores nos debates sobre o aborto. Rachel Sieder e Yacotzin Bravo – "*Abortion Lawfare in Mexico's Supreme Court: Between the Right to Health and Subnational Autonomy*" – trazem um relato detalhado da interação entre a Suprema Corte mexicana e legisladores em nível nacional e subnacional, e analisa a capacidade potencial do tribunal superior para inovar e promover os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Camila Gianella e Brenda Alvarez – "*Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts*" – explicam que, quando os tribunais não têm uma tradição de jurisprudência inovadora em questões como o aborto, sua capacidade como espaço para a defesa de direitos fica prejudicada.

María Angélica Peñas Defago e Violeta Cánaves – "*Socio-Legal Strategies against a Total Abortion Ban in El Salvador: Alliances in Hostile Contexts*" – apresentam uma descrição detalhada das estratégias jurídicas e de defesa desenvolvidas em um contexto de proibição total do aborto. O artigo também chama a atenção para uma reflexão sobre como esses casos são retratados, o que é um caso de sucesso e também o que significa desenvolver uma estratégia para desafiar uma proibição total. Em contraste, Amy Krauss – "*Legal Guerilla: Jurisdiction, Time, and Abortion Access in Mexico City*" – apresenta uma reflexão aprofundada sobre os limites das reformas legais em favor do direito ao aborto e os principais desafios da implementação dessas decisões.

O aborto ainda é um dos tópicos mais controversos da agenda dos direitos sexuais e reprodutivos na região; ele desafia os estereótipos prevalecentes de papéis de gênero e desencadeia uma contramobilização feroz. Sua crescente politização por atores e movimentos neoconservadores e religiosos, que estabeleceram alianças e estratégias renovadas, traz novos desafios para a igualdade de gênero na América Latina. Enquanto a oposição ao aborto está agora inserida em

uma mobilização global antigênero, os países latino-americanos mostram as especificidades de tais lutas em contextos de alta presença e influência de grupos religiosos, altos índices de desigualdade e hierarquias de várias ordens e questões estruturais de acesso às mulheres na política.

São necessárias mais pesquisas empíricas para abordar como as batalhas do aborto e a oposição à igualdade de gênero e sexual se cruzam com os processos políticos nacionais e como as instituições e movimentos sociais interagem em tais contextos. Esperamos que este dossiê especial contribua para um melhor entendimento das tendências mais amplas da *lawfare* sobre o aborto, não apenas na América Latina, mas também em outros países e regiões onde as demandas pela legalização são fortes, embora desafiadas por vários atores. Esperamos também que o diagnóstico e as reflexões aqui apresentadas contribuam para um debate mais amplo sobre as características da onda neoconservadora global, os caminhos para a resistência e o papel que o direito e as instituições estão desempenhando em tais batalhas.

## REFERÊNCIAS

ANSOLABEHERE, Karina. *Oportunidades y decisiones*: la judicialización del aborto en perspectiva comparada. Paper presented at the SELA 2009, Asunción, Paraguay, 2009. Available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/77/. Access on: November 17, 2021.

BERGALLO, Paola; JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina; VAGGIONE, Juan Marco. *El aborto en América Latina Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo 21, 2018.

BERGALLO, Paola; RAMÓN MICHEL, Augustina. Abortion. *In*: GONZALEZ-BERTOMEU, Juan; GARGARELLA, Roberto (ed.). *The Latin America Casebook*: Courts, Constitutions and Rights. Abingdon, Oxon; NewYork: Routledge, 2016.

LEMAITRE, Julieta. Catholic Constitucionalism on Sex, Women and the Beggining of Life. *In*: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernardo (ed.). *Abortion Law in Transnational Perpective*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 239-257.

LEMAITRE, Julieta; SIEDER, Rachel. The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case Against Costa Rica. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 150-160, 2017.

JARAMILLO, Isabel Cristina; ALFONSO, Tatiana. *Mujeres, cortes y medios*: la reforma judicial del aborto. Bogotá: Siglo del Hombre Editores and Universidad de los Andes, 2008.

KANE, Gillian. Abortion Law Reform in Latin America: Lessons for Advocacy. *Gender and Development*, v. 16, n. 2, p. 361-375, 2008.

MACHADO CAMPOS, Maria das Dores. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. *Revista Brasileira de Ciência Política,* v. 7, p. 25-54, 2012.

MACHADO, Marta R. de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing Abortion in Brazil. *Revista de Investigacoes Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 185-231, set./dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc. v5i3.60973

MACHADO, Marta R. de Assis; MACIEL, Debora Alves. The State-Level Battle over Abortion Rights in Brazil. *Health and Human Rights*, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 119-131, jun. 2017. Disponível em: https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2017/06/Machado.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

MACHADO, Marta R. de Assis; BRACARENSE, Ana Carolina. El movimiento pro y antiaborto en el Supremo Tribunal brasileño. Marcos y estrategias argumentativas utilizados en la audiencia pública referente al feto anencefálico. *In*: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabela Jaramillo; VAGGIONE, Juan (comp.). *El aborto en América Latina*: Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018. Disponível em: https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contra-el-derecho-al.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021.

MONTERO, Paula. Controvérsias religiosas e esfera pública: repensando as religiões como discurso. *Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, p. 167-183, 2012.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel; PEÑAS DEFAGO, María Angélica. Una mirada regional de las articulaciones neoconservadoras. Rupturas y continuidades transnacionales. *In*: TORRES SANTANA, Ailynn (ed.). *Derechos en Riesgo en América Latina*. Ediciones desde Abajo-Fundación Rosa Luxemburgo, 2020.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel; PEÑAS DEFAGO, María Angélica. Strategies of Self-Proclaimed Pro-Life Groups in Argentina Effect of New Religious Actors on Sexual Policies. *Latin America Perspectives,* v. 43, n. 2, 2016.

MORGAN, Lynn. Claiming Rosa Parks: conservative Catholic bids for 'rights' in Contemporary Latin America. *Culture, Health & Sexuality*, v. 16, n. 10, p. 1245-1259, 2014.

RAMÓN MICHEL, Augustina; BERGALLO, Paola. *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto*. EUDEBA, 2018.

RUIBAL, Alba M. Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina. *Política y Gobierno*, v. 22, n. 1, 2014.

RUIBAL, Alba M. Using Constitutional Courts to Advance Abortion Rights in Latin America. *International Feminist Journal of Politics*, v. 23, n. 4, p. 579-599, 2021.

VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO CAMPOS, Maria das Dores. Religious Patterns of Neoconservatism in Latin America. *Politics & Gender*, v. 16, n. 1, E2, 2020. DOI:10.1017/S1743923X20000082

VAGGIONE, Juan Marco; MORÁN FAÝNDES, José Manuel. Neoconservative Incursions into Party Politics: The Case of Argentina and Chile. *In*: SUTTON, Barbara; VACAREZZA, Nayla Luz (ed.). *Abortion and Democracy*. Contentious Body Politics in Argentina, Chile and Uruguay. New York: Routledge, 2021.

**Como citar este editorial:**

BARBIERI, Catarina Helena Cortada *et al*. Batalha pelo direito ao aborto na América Latina: conceitos-chave sobre um cenário em mudança. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2133. https://doi.org/10.1590/2317-6172202133

*CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI*

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

Editora-Chefe da *Revista Direito GV*, FGV DIREITO SP

*catarina.barbieri@fgv.br*

*CAMILA GIANELLA*

https://orcid.org/0000-0002-2656-0589

Editora convidada. Professora Assistente na Pontifícia Universidade Católica do Peru (PUCP). Pesquisadora no Chr. Michelsen Institute, Noruega.

*gianella.c@pucp.edu.pe*

*MARIA ANGELICA PEÑAS DEFAGO*

https://orcid.org/0000-0001-8190-907X

Editora convidada. Pesquisadora no National Scientific and Technological Research Council of Argentina (CONICET). Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina.

*angelicapdefago@unc.edu.ar*

*MARTA R. DE ASSIS MACHADO*

https://orcid.org/0000-0002-8924-089X

Editora convidada. Professora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Pesquisadora no Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), Brasil. Pesquisadora no Center on Law and Social Transformation, Noruega.

*marta.machado@fgv.br*

BY-NC



# **ABORTION LAWFARE IN LATIN AMERICA:** SOME READING KEYS FOR A CHANGING SCENARIO

https://doi.org/10.1590/2317-6172202133

It is with great pleasure that we present this last issue of the 2021 *Revista Direito GV* (v. 17, n. 3, September/December 2021). It also marks an important landmark: the journal has reached 40 issues since its foundation in 2005.

This comemorative edition comes with the special issue "Abortion Lawfare in Latin America". This special issue brings together novel scholarship produced since 2013 by a project of similar name based at the Centre on Law & Social Transformation, Chr. Michelsen Institute (CMI), the University of Bergen (Norway) in partnership with scholars and institutions from Argentina, Brazil, Colombia, Mexico, Peru and the USA.[1] FGV Direito SP was not only involved in the in-deph case study on Brazil, coordinated by Marta Machado, but hosted in 2016 one of the comparative workshops, and public seminars, to discuss and reflect on the case studies and on the abortion battles over the region.

The project's initial aim was to reflect on the phenomenon of the legal battles of abortion rights in Latin America, and the political dimensions of these. Across the region, abortion rights were already emerging as a contested issue during electoral campaigns. Moreover, cases, such as the Colombian and the Mexican, were already showing the possibilities of backlash of legal victories, through constitutional reforms bills, or the use of political power to discourage providers and women seeking for abortion services, as well as the risks of weak implementation of the judicial rulings expanding abortion rights.

One initial finding was that actors involved in the legal battles on abortion rights across Latin America use different arenas and strategies, sometimes simultaniously. Moreover, the exchange between Latin American scholars allowed them to identified similarities on the strategies and arguments used to advance in the recognition of abortion rights, as well as to limited

1 The project developed between 2014-2017 was funded by the Research Council of Norway and coordinated by Rachel Sieder (CIESAS) and Siri Gloppen (LawTransform, CMI/UiB). It analyzed the strategic use of rights and law in battles over abortion rights in Latin America in Argentina (case study coordinated by Paola Bergallo), Brazil (case study coordinated by Marta Machado), Colombia (case study coordinated by Isabel Jaramillo and Ana Cristina Gonzalez), Mexico (case study coordinated by Yacotzin Bravo and Rachel Sieder), Peru (case study coordinated by Camila Gianella) and El Salvador (case study coordinated by Angelica Peñas Defago), and included a regional paper conducted by Alicia E. Yamin.

them. These first findings encouraged the idea to edit a journal issue that would describe key features of the regional phenomenon of the legal battles on abortion rights in Latin America from specific cases. *Revista Direito GV*, a leading Brazilian journal focused on socio-legal research, became the perfect outlet for these findings as it was important to look for a medium that was peer reviewed,[2] open access and easily available to other reseachers in Latin America and elsewhere.

To date, the socio-legal studies literature on abortion rights disputes across the globe and particularly on Latin America has analysed the key role played by the courts in these legal disputes (JARAMILLO and ALFONSO, 2008; KANE, 2008; ANSOLABEHERE, 2009; RUIBAL, 2014 and 2021; MACHADO and COOK, 2018), and the strategies deployed by activists contesting legal abortion access (MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2016). This includes the emergence of conservative legal mobilization within courts (MORGAN, 2014; BERGALLO, JARAMILLO SIERRA and VAGGIONE, 2018; LEMAITRE, 2014; LEMAITRE and SIEDER, 2017), and the legal frames developed through these disputes (BERGALLO and RAMÓN MICHEL, 2016; LEMAITRE, 2014; RAMÓN MICHEL and BERGALLO, 2018; MACHADO and MACIEL, 2017; MACHADO and BRACARENSE, 2018). Other scholars have analysed the relationship between political parties and churches (MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2016 and 2020; VAGGIONE and MORÁN FAÚNDES, 2021), including a focus on the increased role of religious groups in local politics (CAMPOS MACHADO, 2012; MONTERO, 2012; VAGGIONE and CAMPOS MACHADO, 2020). But there's still a large research agenda to be address to fully understand this complex scenario.

The articles which make up this special issue aim to contribute to this emergent field of study, by describing, through an in-depth analysis of cases from Costa Rica, El Salvador, Mexico, and Peru, different elements of the contestation of abortion rights in the region, even in contexts were, supposedly, there have been major positive developments.

This special issue includes the presentation of a framework developed by Siri Gloppen – "Conceptualizing Abortion Lawfare" – that constitutes a major theoretical contribution to the analysis of these phenomena. The article describes how, in the region, different arenas – such as courts and legislatures – present different opportunity structures for movements and

2 Editor-in-Chief's note: All articles were submitted to at least two anonymous reviewers. We thank these reviewers for their invaluable contributions to all the articles in this special issue. To ensure anonymity throughout the editorial evaluation, when necessary, only part of the guest editors participated in the reviewing process. These cases are signaled in the articles' front pages.

counter-movements, forcing them to adapt their strategies, framing and tactics in response both to the nature of those arenas, to each other and international developments. The different arenas described by Gloppen allow us to understand the local and the international dimension of these processes, and observe them in a dynamic and relational way.

Lynn Morgan's article – "Costa Rica's Oversize Role in Latin American Anti-Abortion Lawfare" – present the political contestation around the Interamerican Court of Human Rights (ICHR). Even though the topic in itself has been the focus of extensive scholarship, Morgan innovates by analysing the special features of the rejection of the ICHR decisions on issues related sexual and reproductive rights, and its specific potential impacts.

Two of the articles show the key role played by higher courts in the abortion debates. Rachel Sieder and Yacotzin Bravo – "Abortion Lawfare in Mexico's Supreme Court: Between the Right to Health and Subnational Autonomy" – bring a detailed account of the interaction between the Mexican Supreme Court and legislators at the national, but mainly at the subnational level, and analysis the potential capacity of the higher court to innovate and advance women's sexual and reproductive rights. Camila Gianella and Brenda Alvarez – "Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts" – explain that, when courts do not have a tradition of issuing innovative jurisprudence on issues such as abortion, their capacity as an arena to advance rights is undermined.

María Angélica Peñas Defago and Violeta Cánaves – "Socio-Legal Strategies against a Total Abortion Ban in El Salvador: Alliances in Hostile Contexts" – present a detailed description of the legal and advocacy strategies developed in a context of abortion total ban. The article also calls for a reflection on how these cases are portrayed, what is a successful case and also what means to develop a strategy to challenge a total ban. In contrast, Amy Krauss – "Jurisdiction as Feminist Legal Advocacy Tactic: Politics between Substance and Form" – presents an in-depth reflection on the limits of legal reforms in favour of abortion rights, and the major challenges of the implementation of these rulings.

Abortion remains one of the most contested topics of the sexual and reproductive rights agenda in the region, one that defies prevailing stereotypes of gender roles and triggers fierce countermobilization. Its increased politicization by neoconservative and religious actors and movements, deploying renewed alliances and strategies bring new challenges to gender equality in Latin America. While opposition to abortion is now inserted in a global anti-gender mobilization, Latin American countries show the specificities of such battles in contexts of high presence and influence of religious groups, high inequality rates and hierarchies of various orders and structural questions of access to women in politics.

More empirical research is needed to cover how abortion battles and opposition to gender and sexual equality intersect with national political processes and how institutions and social movements are interacting in such contexts. We hope this special issue contributes to a better understanding of the broader trends in abortion lawfare, not only in Latin America but also in other countries and regions where the demands for the legalization are strong, yet challenged by several actors. We also hope that the diagnosis and reflexions presented here will contribute to a larger debate on the features of the global neoconservative wave, the paths for resistance and the role law and institutions are playing in such battles.

## REFERENCES

ANSOLABEHERE, Karina. *Oportunidades y decisiones*: la judicialización del aborto en perspectiva comparada. Paper presented at the SELA 2009, Asunción, Paraguay, 2009. Available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/77/. Access on: November 17, 2021.

BERGALLO, Paola; JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina; VAGGIONE, Juan Marco. *El aborto en América Latina Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo 21, 2018.

BERGALLO, Paola; RAMÓN MICHEL, Augustina. Abortion. *In*: GONZALEZ-BERTOMEU, Juan; GARGARELLA, Roberto (ed.). *The Latin America Casebook*: Courts, Constitutions and Rights. Abingdon, Oxon; New York: Routledge, 2016.

JARAMILLO, Isabel Cristina; ALFONSO, Tatiana. *Mujeres, cortes y medios*: la reforma judicial del aborto. Bogotá: Siglo del Hombre Editores and Universidad de los Andes, 2008.

KANE, Gillian. Abortion Law Reform in Latin America: Lessons for Advocacy. *Gender and Development*, v. 16, n. 2, p. 361-375, 2008.

LEMAITRE, Julieta. Catholic Constitucionalism on Sex, Women and the Beggining of Life. *In*: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernardo (ed.). *Abortion Law in Transnational Perpective*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 239-257.

LEMAITRE, Julieta; SIEDER, Rachel. The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case Against Costa Rica. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 150-160, 2017.

MACHADO CAMPOS, Maria das Dores. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. *Revista Brasileira de Ciência Política,* v. 7, p. 25-54, 2012.

MACHADO, Marta R. de Assis; BRACARENSE, Ana Carolina. El movimiento pro y antiaborto en el Supremo Tribunal brasileño. Marcos y estrategias argumentativas utilizados en la audiencia pública referente al feto anencefálico. *In*: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabela Jaramillo; VAGGIONE, Juan (comp.). *El aborto en América Latina*: Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018. Disponível em: https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contra-el-derecho-al.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021.

MACHADO, Marta R. de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing Abortion in Brazil. *Revista de Investigacoes Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 185-231, set./dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc. v5i3.60973

MACHADO, Marta R. de Assis; MACIEL, Debora Alves. The State-Level Battle over Abortion Rights in Brazil. *Health and Human Rights*, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 119-131, jun. 2017. Disponível em: https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2017/06/Machado.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

MONTERO, Paula. Controvérsias religiosas e esfera pública: repensando as religiões como discurso. *Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, p. 167-183, 2012.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel; PEÑAS DEFAGO, María Angélica. Una mirada regional de las articulaciones neoconservadoras. Rupturas y continuidades transnacionales. *In*: TORRES SANTANA, Ailynn (ed.). *Derechos en Riesgo en América Latina*. Ediciones desde Abajo-Fundación Rosa Luxemburgo, 2020.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel; PEÑAS DEFAGO, María Angélica. Strategies of Self-Proclaimed Pro-Life Groups in Argentina Effect of New Religious Actors on Sexual Policies. *Latin America Perspectives,* v. 43, n. 2, 2016.

MORGAN, Lynn. Claiming Rosa Parks: conservative Catholic bids for 'rights' in Contemporary Latin America. *Culture, Health & Sexuality*, v. 16, n. 10, p. 1245-1259, 2014.

RAMÓN MICHEL, Augustina; BERGALLO, Paola. *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto*. EUDEBA, 2018.

RUIBAL, Alba M. Using Constitutional Courts to Advance Abortion Rights in Latin America. *International Feminist Journal of Politics*, v. 23, n. 4, p. 579-599, 2021.

RUIBAL, Alba M. Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina. *Política y Gobierno*, v. 22, n. 1, 2014.

VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO CAMPOS, Maria das Dores. Religious Patterns of Neoconservatism in Latin America. *Politics & Gender*, v. 16, n. 1, E2, 2020. DOI:10.1017/S1743923X20000082

VAGGIONE, Juan Marco; MORÁN FAÝNDES, José Manuel. Neoconservative Incursions into Party Politics: The Case of Argentina and Chile. *In*: SUTTON, Barbara; VACAREZZA, Nayla Luz (ed.). *Abortion and Democracy*. Contentious Body Politics in Argentina, Chile and Uruguay. New York: Routledge, 2021.

**How to quote this editorial:**

BARBIERI, Catarina Helena Cortada *et al*. Abortion Lawfare in Latin America: Some Reading Keys for a Changing Scenario. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2133. https://doi.org/10.1590/2317-6172202133

*CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI*

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

Editor-In-Chief of *Revista Direito GV*, FGV DIREITO SP

*catarina.barbieri@fgv.br*

*CAMILA GIANELLA*

https://orcid.org/0000-0002-2656-0589

Guest editor. Assistant professor, Pontificia Universidad Catolica de Peru (PUCP). Researcher Chr. Michelsen Institute, Norway.

*gianella.c@pucp.edu.pe*

*MARIA ANGELICA PEÑAS DEFAGO*

https://orcid.org/0000-0001-8190-907X

Guest editor. Researcher, National Scientific and Technological Research Council of Argentina (CONICET). Professor, School of Law, National University of Cordoba, Argentina.

*angelicapdefago@unc.edu.ar*

*MARTA R. DE ASSIS MACHADO*

https://orcid.org/0000-0002-8924-089X

Guest editor. Professor at FGV DIREITO SP and researcher at the Cebrap, Brazil. Researcher at the Center on Law and Social Transformation, Norway.

*marta.machado@fgv.br*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 23.05.2020
Aprovado: 19.07.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202134

# **"Lugares de tráfico":** a geografia jurídica das abordagens policiais em Porto Alegre

*"DRUG PLACES": THE LEGAL GEOGRAPHY OF POLICE STOPS IN PORTO ALEGRE*

*Lucas P. Konzen*[1] e *Julia M. Goldani*[2]

**Resumo**

Neste estudo na área da geografia jurídica buscamos compreender se a espacialidade é um fator relevante na determinação da fundada suspeita em abordagens policiais relacionadas ao tráfico de drogas no Brasil. A abordagem policial é um procedimento no qual policiais param, questionam e até mesmo revistam uma pessoa que é suspeita de portar ilegalmente objetos como armas ou drogas. Considerando a literatura sobre os fatores comportamentais, organizacionais e espaciais que explicam o policiamento seletivo, sugerimos que indivíduos que se deparam com a polícia em vilas e favelas estão mais propensos a ser vistos como suspeitos de tráfico do que aqueles indivíduos que interagem com a polícia em outros lugares da cidade. Neste estudo, essa hipótese é testada empiricamente, por meio da análise de um conjunto de dados georreferenciados sobre 635 abordagens policiais em casos envolvendo o delito de tráfico de drogas no município de Porto Alegre, que resultaram em julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no período de 2015 a 2017. Nossa análise demonstra que a construção da suspeita policial é influenciada por representações do espaço que concebem os assentamentos informais populares como "lugares de tráfico".

**Palavras-chave**

Geografia jurídica; assentamentos informais; tráfico de drogas; policiamento; abordagem policial.

***Abstract***

*In this study of legal geography, we aim at understanding whether the spatiality is a relevant factor in determining founded suspicion in police stops related to drug trafficking in Brazil. Police stop is a procedure that consists of police officers stopping, questioning, and even searching a person who is suspected of unlawfully carrying objects such as weapons and drugs. Based in the literature on the behavioral, organizational, and spatial factors that explain selective policing, we suggest that individuals who encounter the police in villas and favelas are more likely to be suspected of drug trafficking than similarly behaving individuals who interact with the police elsewhere in the city. In this study, empirical evidence is provided to test this hypothesis, by means of an analysis of a georeferenced dataset on 635 police stops involving drug trafficking cases in the municipality of Porto Alegre, which ended in rulings of the State of Rio Grande do Sul Court of Appeal during the period 2015-2017. Our analysis shows that the construction of police suspicion is influenced by representations of space that conceive informal urban settlements as "drug places".*

***Keywords***

*Legal geography; informal settlements; drug trafficking; policing; police stop.*

**1** Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Faculdade de Direito, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-0376-3770

**2** Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-3924-4451

CC BY-NC

## Introdução[1]

A abordagem policial é um procedimento investigativo que consiste em parar, interpelar e até mesmo revistar alguém suspeito de portar ilegalmente objetos como armas ou drogas. Essa prerrogativa de cercear a liberdade individual por um curto intervalo de tempo foi conferida à polícia como corolário da pretensão do Estado moderno ao monopólio do exercício da violência física legítima para manutenção da ordem (WEBER, 1922, p. 43-44).

Nas últimas décadas, entretanto, a utilização massiva, rotineira e indiscriminada desse procedimento em estratégias de policiamento urbano tem despertado críticas por representar uma ameaça potencial aos direitos humanos, na medida em que expõe tanto as pessoas abordadas quanto os próprios policiais a riscos consideráveis e, eventualmente, resulta em vítimas fatais. Em uma perspectiva mais ampla, a banalização das abordagens policiais nos espaços públicos, influenciada pelos discursos de "guerra às drogas" e "tolerância zero", vem sendo criticada como manifestação de uma cultura do controle (GARLAND, 2001), que reivindica a expansão das políticas do Estado penal em detrimento das políticas do Estado de bem-estar no gerenciamento dos problemas sociais; tal fenômeno encontraria correspondência, na outra ponta do sistema penal, no encarceramento em massa (WACQUANT, 1999, 2004).

No Brasil, conforme o art. 244 do Código de Processo Penal (CPP), a realização de uma abordagem policial em via pública independe de mandado judicial se houver fundada suspeita de que uma pessoa esteja na posse de arma proibida ou objetos que constituam corpo de delito (BRASIL, 1941). A legislação legitima o uso desse procedimento no trabalho diário da polícia, mas não exige que cada abordagem seja documentada. Apenas uma ínfima parte do total de abordagens é reportada – em geral, os casos que têm como desfecho prisões, apreensões de armas ou drogas, lesões corporais ou mortes. Também é incomum a divulgação de estatísticas oficiais sobre abordagens policiais, tornando desafiador o estudo do tema.

O policiamento urbano é uma prática jurídica, que assim se qualifica porque está sujeita aos condicionamentos decorrentes do campo jurídico (BOURDIEU, 1986). Ao definir quem será abordado, o policial interpreta o direito. Já foram exaustivamente discutidos na doutrina os entraves para a interpretação do dispositivo do CPP, sobretudo a imprecisão da expressão "fundada suspeita" e a falta de requisitos para a sua caracterização (LOPES JUNIOR, 2018, p. 527; BADARÓ, 2015, p. 496; OLIVEIRA, 2011, p. 443; NUCCI, 2006, p. 483; TOURINHO FILHO, 2005, p. 385). Há quem conclua que, "por mais que se tente definir a 'fundada suspeita', nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem" (LOPES JUNIOR, 2018, p. 528).

1 Este artigo é um dos produtos do projeto de pesquisa "Geografias jurídicas da cidade: estudos empíricos sobre a regulação do domínio público", desenvolvido com a colaboração do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade (GPDS) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Apesar da legislação vaga, encontramos exemplos de acórdãos, inclusive na jurisprudência dos tribunais superiores,[2] que anularam atos decisórios em processos criminais com origem em abordagens que desconsideraram a exigência legal da fundada suspeita. A responsabilização dos policiais por abuso de autoridade também é juridicamente possível, embora rara. Isso significa que a discricionariedade do policial, em alguma medida, está condicionada pela expectativa de controle da legalidade de suas ações por agentes que ocupam posições de maior centralidade no campo jurídico, como promotores de justiça e magistrados. No entanto, se superestimarmos o peso da legislação, doutrina e jurisprudência, perderemos de vista outros fatores que condicionam o funcionamento dessa prática jurídica.

Ao problematizarem a função dos mecanismos de criminalização secundária na construção do desvio social, os estudos de criminologia crítica (TAYLOR, WALTON e YOUNG; 1973; BARATTA, 1982; ANDRADE, 2003) difundiram a concepção de que o sistema penal está estruturado para atuar seletivamente, contribuindo para a reprodução das desigualdades sociais. A polícia, instituição estatal, tende a seguir a lógica de funcionamento do sistema de que faz parte, selecionando os indivíduos e grupos sociais que são alvos prioritários de suas estratégias de controle social e atribuição de status criminal. Assim, a seletividade consiste em uma premissa teórica incontroversa da literatura sociojurídica que examina os fatores que incidem na formação da suspeita policial.

Um dos fatores explicativos da seletividade na ação policial que vem recebendo menor atenção nessas pesquisas é a espacialidade. A pergunta que se faz é: as chances de um comportamento ser considerado suspeito pela polícia tendem a variar a depender de onde se estiver na cidade? Com base nos estudos de geografia jurídica, é possível responder essa pergunta afirmativamente. Pouco conhecida no Brasil, a geografia jurídica assumiu visibilidade na década de 1990, a partir do entrecruzamento de estudos sociojurídicos e estudos de geografia humana, sustentando que espaço e direito são dimensões mutuamente constitutivas da vida social (BLOMLEY, 1994; BLOMLEY, DELANEY e FORD, 2001; DELANEY, 2010). Os estudos empíricos de geografia jurídica têm evidenciado a relevância das práticas jurídicas na regulação dos espaços públicos (STAEHELI e MITCHELL, 2008; VALVERDE, 2012; KONZEN, 2013a), sugerindo que percepções sobre o espaço, tanto quanto práticas espaciais, influenciam a atuação das instituições e agentes estatais.

Na esteira da "guerra às drogas", novas representações sobre o espaço urbano disseminaram-se no Brasil, as quais não podem ser ignoradas nas explicações sobre a espacialidade como fator que influencia a ação policial. Operando na ilegalidade, o mercado transnacional das drogas apoiou-se em uma rede de pontos fixos para a venda de produtos como a cocaína e a maconha ao consumidor final, sob a tutela da violência física privada; no contexto brasileiro, esse

2 No HC 81.305-GO (2002), o Supremo Tribunal Federal decidiu que a suspeita policial não pode ser fundada em parâmetros exclusivamente subjetivos, sob o risco de causar constrangimentos e ofender direitos civis.

comércio varejista atraiu sobretudo parcelas da juventude das periferias urbanas, onde a informalidade era a regra (ZALUAR, 2007; MACHADO DA SILVA, 2010). Com a territorialização do narcotráfico, as vilas e favelas passaram a ser concebidas no imaginário social como "lugares de tráfico", o que pode não ser condizente com as práticas espaciais observáveis em um assentamento informal popular em específico.

Neste estudo de geografia jurídica, considerando a relevância da problemática da espacialidade como fator de determinação da fundada suspeita em abordagens policiais, buscamos responder à seguinte questão: as chances de práticas espaciais serem vistas como suspeitas pela polícia são maiores nas vias públicas de vilas e favelas do que no restante da cidade? Partimos da hipótese de que as pessoas que se deparam com a polícia em assentamentos informais populares estão mais propensas a ser vistas como suspeitas do crime de tráfico de drogas do que aquelas que se comportam de modo similar em outros locais, porque a suspeita policial é influenciada por representações do espaço que concebem vilas e favelas como "lugares de tráfico".

Para testar empiricamente essa hipótese, realizamos uma pesquisa em Porto Alegre. Os dados examinados referem-se a um universo de 635 casos de abordagens por fundada suspeita a pedestres em via pública realizadas pela Polícia Militar que deram origem a processos judiciais por tráfico de drogas julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) no triênio 2015-2017. Categorizamos os dados extraídos dos acórdãos judiciais, verificando a presença, nas narrativas policiais, de representações do espaço onde foi realizada a abordagem e de descrições das condutas que despertaram suspeita. Posteriormente, utilizamos a informação sobre o endereço para georreferenciar os registros e identificar quais abordagens haviam ocorrido em vilas e favelas. Por fim, analisamos estatisticamente as associações entre as variáveis, mensurando a influência da espacialidade na formação da suspeita policial.

Na primeira seção do artigo, revisamos a literatura sociojurídica sobre os fatores que explicam a atuação seletiva da polícia e a formação da fundada suspeita como motivação para as abordagens policiais. Na segunda seção, detalhamos o desenho metodológico da pesquisa empírica, descrevendo as etapas que foram seguidas na coleta e análise dos dados. Na terceira seção, discutimos as mais importantes evidências encontradas acerca da espacialidade como fator determinante da fundada suspeita em abordagens policiais.

## 1. Seletividade da ação policial e formação da fundada suspeita

Nesta seção, apresentamos uma revisão não sistemática da literatura que discute, sob a perspectiva das ciências sociais, a seletividade no policiamento urbano.[3] Com isso, pretendemos

3 Para revisões mais sistemáticas, embora com foco nos Estados Unidos, cf. Klahm e Tillyer (2010); Meares (2014).

identificar fatores comportamentais, organizacionais e espaciais relevantes para compreender a atuação seletiva da polícia e a formação da fundada suspeita no contexto brasileiro. Destacamos cinco desses fatores: os estereótipos sociais, as atitudes intrinsecamente suspeitas, a cultura policial, o policiamento atuarial e as características das vizinhanças – e, quanto a este último, estendemos a análise a fim de dialogar com os estudos sobre os assentamentos informais populares e a territorialização do narcotráfico.

### 1.1. FATORES COMPORTAMENTAIS: ESTEREÓTIPOS SOCIAIS E ATITUDES INTRINSECAMENTE SUSPEITAS

Há muito tempo as ciências sociais consideram os estereótipos um elemento-chave para explicar ideias preconceituosas e ações discriminatórias (DOVIDIO *et al.*, 2010). Os estereótipos sociais são rótulos comportamentais atribuídos de forma generalizada às pessoas integrantes de um grupo definido por características em comum, tais como gênero, idade, ascendência étnica, traços fenotípicos, condição socioeconômica, país de naturalidade e uso de roupas e adereços específicos. Reproduzidos no sistema penal, esses estereótipos tendem a resultar na criminalização de certos grupos sociais.

Em sociedades estruturalmente racistas como a brasileira e a estadunidense, marcadas pela experiência histórica da escravidão, estereótipos sociais que reforçam negativamente identidades étnico-raciais assumem destaque.[4] Estudos empíricos sobre "filtramento racial" (*racial profiling*) nos Estados Unidos repetidamente mostram que negros têm mais chances de serem abordados pela polícia do que brancos, seja dirigindo veículos (HARRIS, 1999), seja circulando a pé (GELMAN, FAGAN e KISS, 2007). Um trabalho analisou dados sobre mais de dois milhões de abordagens em NovaYork entre 2007 e 2014,[5] e constatou que, a despeito de reformas na polícia e de uma queda drástica no total de casos, os jovens negros continuavam mais suscetíveis a ser abordados e sofrer violência policial (KRAMER e REMSTER, 2018).

Também no Brasil os estudos empíricos sugerem que os estereótipos tornam certos grupos sociais alvos preferenciais de suspeita. Batista (2003) examinou processos criminais envolvendo adolescentes no Rio de Janeiro entre 1968 e 1988, constatando que o termo "atitude suspeita" se repetia nos relatos policiais. A pesquisadora concluiu que "[...] a 'atitude suspeita' não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo de 'fazer algo suspeito', mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas" (BATISTA, 2003, p. 103); uma vez que, na visão dos policiais, "[...] jovens pobres pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do

4 Por exemplo, o estereótipo racista do jovem negro como alguém naturalmente mais agressivo e perigoso. Para uma discussão do impacto dos estereótipos raciais nas políticas criminais, ver Hurwitz e Peffley (1997).

5 Desde o caso *Daniels et al. v. City of NewYork* (1999), os policiais que atuam na cidade são treinados para preencher um formulário a cada abordagem por fundada suspeita, independentemente do desfecho.

Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol" (BATISTA, 2003, p. 103). Assim, as abordagens seriam utilizadas para controlar o deslocamento na cidade de um grupo estigmatizado pelo seu perfil etário, socioeconômico e étnico-racial (BATISTA, 2003, p. 104).

Na mais importante pesquisa já conduzida no país sobre a influência dos estereótipos sociais nas abordagens policiais, Ramos e Musumeci (2005) demostraram que a escolha de abordar uma pessoa nas ruas está longe de ser aleatória. Com base em dados obtidos por meio de entrevistas com oficiais e praças da Polícia Militar, grupos focais com jovens de distintas classes sociais e questionários aplicados em domicílio a uma amostra representativa da população do Rio de Janeiro, as pesquisadoras identificaram filtros que influenciavam o policiamento urbano, e obtiveram como resultado a maior probabilidade de pessoas do sexo masculino, jovens, pobres e negras serem alvos de suspeita quando circulando a pé nas ruas (RAMOS e MUSUMECI, 2005, p. 106-107). Porém, elas notaram que os estereótipos podem orientar a construção da suspeita em combinação com a espacialidade: um jovem negro transitando por um bairro rico desperta tanta suspeita quanto um jovem branco de classe média circulando nas redondezas de uma favela (RAMOS e MUSUMECI, 2005, p. 77-78).

Os estereótipos sociais que condicionam a seletividade policial e a formação da fundada suspeita tendem a ser reforçados pela atuação do Poder Judiciário. Em estudo sobre os fatores determinantes da decretação de prisões preventivas em audiências de custódia em Belo Horizonte, Lages e Ribeiro (2019, p. 20) demonstraram que as chances de pessoas negras e do sexo masculino serem recolhidas ao cárcere enquanto aguardam uma decisão judicial são maiores em comparação com as populações brancas e do sexo feminino. No entanto, a pesquisa também apontou que o fator que mais influencia os magistrados é o fato de o flagrante ter sido pelo delito de tráfico de drogas, o que denota o peso do discurso de "guerra às drogas" no funcionamento do sistema penal (LAGES e RIBEIRO, 2019, p. 25).

Nas fontes de informação a que recorremos em nosso estudo raramente encontramos dados que servissem para fins de classificação das pessoas abordadas segundo seus atributos, com exceção do gênero.[6] Ainda que se saiba que os estereótipos pesam na formação da suspeita, os policiais não justificam perante o Judiciário a decisão de abordar alguém com base em sua cor de pele ou aparência física. Perante pesquisadores, também é difícil que admitam abertamente que se orientem por estereótipos (RAMOS e MUSUMECI, 2005, p. 38). Uma pesquisa que estudou as percepções de policiais militares de São Paulo concluiu ser "[...] muito pouco provável que o policial decida abordar alguém em função da raça/cor, sexo, idade e condição socioeconômica [...]" (PINC, 2014, p. 48).

6 Foram poucos os registros de abordagens a mulheres. Provavelmente, isso se deve ao estereótipo da mulher como menos perigosa e à difusão de uma norma social, influenciada pelo art. 249 do CPP, segundo a qual um policial homem não pode revistar uma mulher (RAMOS e MUSUMECI, 2005, p. 41-43).

Em concorrência ou combinação com os estereótipos sociais, outros fatores podem contribuir para explicar a seletividade no policiamento urbano. Por vezes, a formação da suspeita policial deriva diretamente de comportamentos observados mais do que pressupostos ou imaginados. Conforme demonstra Pinc (2014), em várias situações as abordagens são motivadas por práticas sociais que despertam suspeita, independentemente dos atributos de quem as protagoniza. É de se esperar, por exemplo, que a polícia aborde quem for flagrado manuseando substâncias entorpecentes ou portando armas de fogo em via pública. Também é provável que reações à presença da polícia, tais como fugir ou dispensar objetos, sejam vistas como atitudes intrinsecamente suspeitas, precipitando as abordagens.

Não se pode descartar, entretanto, que mesmo alguém sem qualquer envolvimento com o tráfico de drogas ou outra atividade econômica criminalizada possa reagir à presença policial com atitudes que guardem alguma similitude com aquelas intrinsecamente suspeitas. No Brasil, há uma massa de indivíduos das classes populares praticamente destituída de capital cultural (SOUZA, 2013), com limitada consciência jurídica sobre direitos ou sobre o modo mais produtivo de exercê-los nas interações com a polícia (YOUNG e BILLINGS, 2020). Prevalece entre a população certo temor quanto a esses encontros, pois subsiste a imagem da polícia como instituição violenta e ineficiente (CARDIA, 1997; AZEVEDO e NASCIMENTO, 2016). Toda abordagem é relacional; portanto, os comportamentos das pessoas abordadas estão associados, em alguma medida, aos discursos e práticas institucionais que permeiam a atuação da polícia.

### 1.2. FATORES ORGANIZACIONAIS: CULTURA POLICIAL E POLICIAMENTO ATUARIAL

A cultura profissional que permeia os discursos e práticas policiais pode se distanciar substancialmente dos marcos formalmente estabelecidos na legislação vigente, nos documentos balizadores de políticas de segurança pública e nos protocolos operacionais de cada corporação. Por cultura policial entende-se os saberes e as representações compartilhados pelos agentes das forças de segurança pública nas suas experiências cotidianas de trabalho. Esses elementos de identidade profissional – a linguagem, os maneirismos, o modo de pensar, o jeito de se portar – são reproduzidos pela socialização e acabam por determinar não só o pertencimento a determinada corporação, mas também ideais e valores (PONCIONI, 2014, p. 417-419).

Esse descompasso está presente na polícia brasileira, que, em vez de se sujeitar às normativas estabelecidas, tende a seguir rotinas e modos de operação aprendidos na prática e transmitidos pela tradição (MUNIZ e SILVA, 2010; LIMA, 1989, 2013; SINHORETTO e LIMA, 2015). Etnografias policiais identificaram aspectos de uma cultura policial refratária ao ideal burocrático do serviço público: a dificuldade em aceitar um modelo que define o modo correto de atuar prévia e abstratamente e responsabiliza os agentes públicos por erros e omissões no cumprimento das suas obrigações; e a formação profissional focada na obediência e na hierarquia, que resulta em agentes despreparados para tomar decisões autônomas

nas demandas cotidianas (LIMA, 1989, 2013, p. 562-564). Os desvios às normativas não significam um mau funcionamento da polícia enquanto instituição, mas a adesão a um sistema inquisitorial de administração de conflitos (LIMA, MISSE e MIRANDA, 2000, p. 52).

Nas decisões tomadas em tempo real inerentes à práxis policial, o acervo de conhecimentos que orienta os agentes inclui considerações sobre as circunstâncias em que suas ações podem ser valoradas negativa ou positivamente (MUNIZ e PROENÇA JR., 2007, p. 169). A probabilidade de responsabilização por eventuais abusos está estreitamente relacionada à visibilidade das abordagens para os pares e espectadores (FRIEDRICH, 1980), o que explica a resistência em adotar procedimentos de documentação dessas interações, tais como registro por meio de dispositivos de gravação de áudio e vídeo. Já a valorização depende dos discursos das autoridades na cadeia de comando, que ora reverberam clamores pelo "combate ao crime" e "neutralização de bandidos", ora apelos pela "proteção de direitos humanos" e "promoção de vínculos comunitários" (PONCIONI, 2014; SINHORETTO e LIMA, 2015).

Se há elementos comuns à cultura profissional das diferentes corporações policiais (Polícia Civil, Polícia Militar, Guarda Municipal etc.), existem também subculturas específicas, que se refletem no recrutamento e no treinamento dos agentes. Na Polícia Militar, nota-se a presença mais forte de um discurso de protagonismo no "combate ao crime", relacionado à atuação dos agentes nos flagrantes que dão início às ações penais (SINHORETTO e LIMA, 2015, p. 128). Em uma instituição centenária como a Brigada Militar do Rio Grande do Sul (BMRS), principal responsável pelo policiamento ostensivo em Porto Alegre, é possível cogitar que essas subculturas apresentem variações entre praças e oficialato, de uma geração de oficiais e praças para outra ou entre diferentes Batalhões de Polícia Militar (BPMs). Todavia, as fontes de informação que utilizamos em nosso estudo inviabilizaram a análise dessas nuances e seu impacto na espacialidade das práticas policiais.[7] No que tange às abordagens a pedestres, a literatura sugere que as instituições policiais têm delegado essas decisões aos agentes da linha de frente, sem articular um discurso explícito sobre os critérios técnicos norteadores da ação policial (RAMOS e MUSUMECI, 2005, p. 213).

Ainda, a cultura policial está ligada a outro fator organizacional: as estratégias atuariais de policiamento. A literatura há muito destaca a relação entre as estratégias e táticas policiais e o ideal burocrático da eficiência, definida em termos de impacto no controle da criminalidade – taxa de prisões e flutuações nos índices criminais (MANNING, 1978). Com a ascensão das políticas criminais atuariais (FEELEY e SIMON, 1994), a busca pela eficiência

7 Além dos BPMs especializados (operações especiais e polícia montada), subordinados ao Comando de Policiamento da Capital, há outros seis não especializados, que atuam em distintas circunscrições. O 1º BPM, por exemplo, é responsável por 25 bairros da zona sul, cobrindo 75,32 km$^2$ e atendendo cerca de 27% da população residente, conforme a BMRS (https://www.brigadamilitar.rs.gov.br/).

foi levada às últimas consequências. Considerando a ação seletiva da polícia essencial para o gerenciamento da criminalidade, essas políticas recorrem a prognósticos de risco baseados em cálculos de probabilidades (DIETER, 2013). Se a distribuição de crimes segue padrões estatísticos identificáveis, a eficiência da performance policial depende do direcionamento dos efetivos à persecução de indivíduos que correspondam aos perfis de risco ou às áreas e horários que concentram atividades criminais segundo modelos matemáticos (HARTCOURT, 2003).

A corporação policial que deixa de realizar a coleta e a análise de dados ou ignora as regularidades estatísticas pode ser acusada de promover uma política de segurança pública irracional e ineficiente. Por outro lado, o policiamento atuarial depende de informações acuradas e confiáveis sobre o passado, sem as quais a identificação dos fatores de risco fica comprometida, resultando em previsões distorcidas sobre as chances de ocorrência de crimes. Em termos de política criminal, um dilema adicional se impõe: mesmo atingindo patamares ótimos de acurácia e confiabilidade, os modelos tendem a condicionar as percepções sobre fatores de risco, reforçando a seletividade do sistema penal (HARCOURT, 2003, p. 125).

Na literatura sobre abordagens policiais nas cidades brasileiras, encontramos indícios de práticas rudimentares de policiamento atuarial em abordagens por bloqueio a ocupantes de veículos automotores. Um estudo empírico com observação direta em São Paulo sugeriu que a escolha das áreas para a realização das blitzes – concentradas em vilas e favelas – se deu em função dos índices criminais elevados (PINC, 2007, p. 18). Outra investigação realizada na cidade mostrou que, na percepção dos policiais militares, os índices criminais influenciam a tomada de decisão, "porque existem determinados comportamentos que ganham significado de suspeição apenas em determinados locais" (PINC, 2014, p. 52). Já uma pesquisa realizada no Rio de Janeiro não encontrou evidências da utilização de técnicas rigorosas de planejamento e monitoramento, apesar da alegação, por parte do oficialato, de que as blitzes eram organizadas em vias com maior incidência de registros criminais (RAMOS e MUSUMECI, 2005, p. 28-29).

Em nosso estudo, nos deparamos com vários relatos de policiais justificando a abordagem com base na presença de pessoas no entorno de "conhecido ponto de tráfico". É possível imaginar um cenário em que os policiais contassem não só com seu tirocínio, experiência e conhecimento territorial, mas também com estatísticas acuradas e confiáveis sobre as dinâmicas espaciais do comércio varejista de drogas. Todavia, não temos notícia de que os agentes da BMRS, uma corporação que enfrenta notórias carências de equipamento e pessoal especializado, inclusive na área da tecnologia da informação, tenham tido acesso a semelhante banco de dados no período em que se deram as abordagens examinadas. Outros fatores, que não a lógica atuarial, condicionaram as percepções desses policiais.

### 1.3. Fatores espaciais: assentamentos informais e territorialização do narcotráfico

Na literatura, há muito se argumenta que o "contexto da vizinhança" é um fator espacial que influencia a atuação da polícia (SMITH, 1986). Diversos estudos quantitativos procuraram

estabelecer correlações entre características sociodemográficas (taxas de pobreza, desemprego, índices criminais etc.) e interações com a polícia, mostrando que vizinhanças urbanas em situação de desvantagem social estão mais vulneráveis à violência policial (TERRIL e REISIG, 2003), ou descartando esse tipo de associação (KRAMER e REMSTER, 2018, p. 977). Uma das mais notáveis pesquisas sobre a atual política de drogas no Brasil incluiu uma variável espacial, evidenciando que as chances de ser incriminado pela polícia como traficante e não como usuário de drogas eram menores em um bairro central da cidade de São Paulo na comparação com outro bairro periférico, onde há vilas e favelas (CAMPOS e ALVAREZ, 2017). No entanto, esses estudos são insufientes para explicar as percepções dos policiais em relação às vizinhanças urbanas (TERRIL e REISIG, 2003, p. 309). Ao reduzirem os espaços urbanos a receptáculos das relações sociais, considerando as vizinhanças como meros "contextos", incorrem em um equívoco no que diz respeito à teorização da espacialidade.[8]

Para superar tal obstáculo, é imprescindível dialogar com os estudos urbanos que partem da premissa do espaço como produto social. Uma das teorias mais influentes distingue três dimensões que intervêm na produção do espaço: as "práticas espaciais", as "representações do espaço" e os "espaços de representação" (LEFEBVRE, 1974, p. 42-43). Para fins do nosso estudo, interessam tanto as práticas espaciais, que designam comportamentos observáveis no cotidiano, quanto as representações do espaço, que remetem aos modelos mentais que moldam as percepções. Esta categoria permite incluir na discussão o imaginário estereotipado sobre as vizinhanças urbanas produzido discursivamente, seja pela mídia (PALERMO, 2018), seja em artefatos culturais como filmes (PARKER, 2018), cartões-postais e mapas turísticos (KONZEN, 2014), e sua influência nas normas e práticas jurídicas (BUTLER, 2009; KONZEN, 2013a).

Nas cidades brasileiras, as vizinhanças reiteradamente representadas como "lugares do crime" são os assentamentos informais populares. Esses territórios, que em alguns casos remontam a princípios do século XX, têm sido criminalizados de múltiplas formas ao longo de sua história (CAMPOS, 2005; ZALUAR e ALVITO, 2006). Muito antes da presença do narcotráfico se consolidar, já existia um imaginário que associava os habitantes de vilas e favelas ao crime (CALDEIRA, 2000, p. 78-79; ROLNIK, 2015, p. 274). A relativa autonomia em relação ao Estado que marca a urbanização desses territórios decorre da ilegalidade coletiva da moradia frente ao direito oficial (SANTOS, 1980, p. 88). Basta lembrar que, nas

8 Ao nosso ver, trata-se de equívoco comum em estudos de criminologia que procuram abordar a geografia como fator explicativo. Por exemplo, Christie (1998), discorrendo sobre variações nas taxas de encarceramento, acaba produzindo uma "geografia penal" em que países são reduzidos ora a unidades geopolíticas, ora a contextos culturais estereotipados. No referido estudo de Campos e Alvarez (2017), a escolha de analisar dados de dois distritos policiais, situados em um bairro central (Santa Cecília) e outro periférico (Itaquera), é justificada pela possibilidade de "[...] comparar contextos sociais e econômicos diversos" (p. 45).

décadas de 1970 e 1980, a ocupação de terras tornou-se a principal modalidade de acesso à moradia nas grandes cidades, embora predominasse o entendimento de que os responsáveis pelas "invasões" eram criminosos, que violavam o direito de propriedade (FALCÃO, 2008). Com a redemocratização do país, essa suposta associação das vilas e favelas com as práticas ilegais foi reforçada no debate público sobre a violência urbana (MACHADO DA SILVA, 2010, p. 286). Entre as décadas de 1980 e 1990, simultaneamente ao início do processo de territorialização do narcotráfico (SOUZA, 1996; LEEDS, 2006, p. 234), a grande mídia passou a retratar os assentamentos informais populares como uma parte separada da cidade, o "território da violência, [...] lugar de todas as ilegalidades" (VALLADARES, 2015, p. 20). A frágil presença do poder público, a disponibilidade de mão de obra barata e a configuração interna labiríntica estão entre as razões que levaram grupos de traficantes a operar o comércio varejista de drogas tendo vilas e favelas como base territorial (SOUZA, 2008, p. 58; LEEDS, 2006, p. 241). Seja pela sua relevância econômica, seja pelo caráter político-militar-territorial, o narcotráfico impactou profundamente as comunidades nas quais se instalou (ROLNIK, 2015, p. 275). Os ganhos com a venda de drogas possibilitaram aos traficantes, de um lado, reforçar sua influência comunitária, apoiando associações culturais e desportivas, socorrendo famílias em necessidade e prestando assistência a egressos do cárcere; e, de outro, exercer o controle do território, repelindo ataques rivais e confrontando incursões policiais (LEEDS, 2006, p. 244).

Mais recentemente, a dinâmica da territorialização do comércio varejista de drogas e de outros mercados ilegais nas vilas e favelas (MISSE, 2002; TELLES e HIRATA, 2010) assumiu novos contornos, com o surgimento de grupos de milicianos a partir das forças de segurança (MUNIZ e PROENÇA JR., 2007) e a articulação de facções criminais a partir do sistema carcerário (TELLES e HIRATA, 2010; HIRATA e GRILLO, 2017). A normatividade oriunda da presença desses grupos passou então a envolver a gestão de conflitos de família e vizinhança e a repressão de delitos – emulando funções da polícia (TELLES e HIRATA, 2010). Embora a maior parte dos estudos sobre esse fenômeno trate das cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, também em Porto Alegre, contexto da nossa pesquisa, as facções criminais vêm constituindo territorialidades que ultrapassam as galerias dos estabelecimentos prisionais, projetando-se para as ruas dos bairros periféricos (AZEVEDO e CIPRIANI, 2015; CIPRIANI, 2016a, 2016b). Isso tudo contribuiu para que se consolidasse no senso comum a aproximação prático-discursiva entre o tráfico de drogas e as vilas e favelas, impactando a sua posição no imaginário urbano.

Contudo, a imagem largamente difundida que representa as vilas e favelas como lugares de anomia, desordem e ilicitude não necessariamente corresponde à realidade empírica (MAGALHÃES, 2009, p. 100). Estudos sociojurídicos já evidenciaram que, devido às dificuldades estruturais para a interação com as instituições estatais, associações de moradores e outras instituições congêneres tendem a desempenhar múltiplas funções no que tange à prevenção e resolução de conflitos relativos à posse da terra e aos direitos sobre as edificações,

desenvolvendo um conjunto de normas comunitárias (SANTOS, 1977; JUNQUEIRA e RODRIGUES, 1988; MAGALHÃES, 2009). A normatividade comunitária jamais esteve apartada da ordem jurídica oficial, sendo construída em constante interação com as normas e práticas estatais (MAGALHÃES, 2009, p. 100), constatação que também se estende à juridicidade oriunda dos grupos de traficantes (JUNQUEIRA e RODRIGUES, 1988), que sabidamente depende dos laços de proteção estabelecidos com a polícia.

A mais notória manifestação da percepção estereotipada das vilas e favelas como lugares de criminalidade está no tratamento dispensado pela polícia aos seus moradores, muitas vezes vistos como indivíduos sem condições de reagir à truculência e aos abusos de poder (ZALUAR, 2006, p. 214; GONÇALVES, 2014, p. 259-270). As brutais exibições da força do aparato estatal militarizado nos assentamentos informais populares, impensáveis em outros lugares da cidade, têm sido interpretadas como respostas às demandas dos habitantes privilegiados, os quais vivem em seus enclaves fortificados, temerosos dos riscos à sua integridade física e ao seu patrimônio (CALDEIRA, 2000); porém, acabam por retroalimentar a violência que prometem combater (WACQUANT, 2003, 2008). Execuções sumárias, torturas, buscas domiciliares sem mandado judicial, embora inaceitáveis à luz da legislação vigente, são práticas policiais recorrentes nesta "[...] forma específica de 'guerra contra o tráfico' e, do ponto de vista territorial, de 'guerra contra as favelas' [...]" (ROLNIK, 2015, p. 274). As abordagens policiais arbitrárias em via pública são incompatíveis a essas formas de violência extrema, mas expressam o mesmo imaginário negativo que alimenta a seletividade.

Entrevistando policiais militares no Rio de Janeiro, Ramos e Musumeci (2005) sugeriram que o medo de confrontos armados engendra representações do espaço das vilas e favelas como "perigoso", "de risco", onde "todos são suspeitos", fundamentando "as características diferenciais da atuação da polícia dentro e fora das comunidades" (RAMOS e MUSUMECI, 2005, p. 35-36). Em pesquisa etnográfica nas favelas cariocas, Cecchetto, Muniz e Monteiro (2018) observaram que seus moradores são vistos pelos agentes de segurança pública como "bandidos" e "envolvidos com o crime", em decorrência do "meio onde vivem" (CECCHETTO, MUNIZ e MONTEIRO, 2018, p. 106). Em entrevistas com policiais militares em Salvador, Reis (2002) notou que vilas e favelas eram percebidas como lugares onde "todo mundo é suspeito até provar o contrário" (CECCHETTO, MUNIZ e MONTEIRO, 2018, p. 184-185). Os temores dos policiais, cuja profissão sabidamente pressupõe exposição a riscos, se justificam em diversos casos, mas a representação espacial construída destoa da realidade da maior parte dos assentamentos informais populares. Mesmo no caso do Rio de Janeiro, não há evidências de territorialização do narcotráfico na maioria das favelas (CAMPOS, 2005, p. 134).

Nas próximas seções deste trabalho, tomaremos a cidade de Porto Alegre como referencial empírico para problematizar a espacialidade como fator na atuação seletiva da polícia. Nosso objetivo é descobrir se quem interage com a polícia em assentamentos informais

populares está mais propenso a ser visto como suspeito do delito de tráfico de drogas em comparação com quem se comporta de maneira equivalente em outros lugares, verificando em que medida as representações do espaço influenciam a formação da suspeita policial. Para tanto, conduzimos uma pesquisa que examinou dados sobre abordagens policiais por fundada suspeita com uso de técnicas próprias à geografia jurídica.

## 2. O desenho metodológico da pesquisa empírica

Nesta seção, explicamos o desenho metodológico da pesquisa empírica. Começamos justificando a escolha de Porto Alegre como contexto. A seguir, mostramos como utilizamos acórdãos judiciais como fontes de informação e como se deu a busca por casos de abordagens policiais por fundada suspeita na base de dados do TJRS. Detalhamos, na sequência, os procedimentos de análise censitária do universo de casos e a codificação dos dados qualitativos extraídos das narrativas policiais, inclusive no que se refere às etapas relativas ao georreferenciamento e ao cruzamento de informações geográficas. Por fim, discutimos as técnicas utilizadas na análise estatística da associação entre as variáveis espaciais.

### 2.1. A cidade de Porto Alegre como contexto

Nas últimas décadas, Porto Alegre assistiu a um crescimento dos índices de violência urbana – um dos indicadores mais confiáveis, a taxa de homicídios, piorou 40,7% entre 2000 e 2017, variando de 30 para 42,2 mortes por 100 mil habitantes (OBSERVAPOA, 2018). Em meados de 2016, ano em que se registrou o pico de 803 homicídios, o governo estadual se viu forçado a solicitar o apoio da Força Nacional de Segurança Pública para reforçar o policiamento urbano (FORÇA, 2016), visando mitigar a sensação de insegurança por meio do aumento da visibilidade da presença policial. Nesse cenário, as abordagens a pedestres ou a ocupantes de veículos automotores tornaram-se eventos cada vez mais corriqueiros.

Uma inédita pesquisa de vitimização realizada em 2017 constatou que, nos 12 meses anteriores à coleta de dados, 17,9% da população residente em Porto Alegre maior de 16 anos (cerca de 213 mil pessoas) havia sido abordada pela BMRS (INSTITUTO CIDADE SEGURA, 2018, p. 24). A pesquisa comprovou a desproporção nas abordagens aos jovens negros e apurou que a atuação dos policiais foi desrespeitosa para 31,8% das pessoas que vivenciaram a experiência, sendo essa percepção mais acentuada entre os negros, jovens e menos escolarizados (INSTITUTO CIDADE SEGURA, 2018, p. 24). No universo estudado, 41,3% opinaram que a BMRS normalmente age de forma desrespeitosa e violenta (INSTITUTO CIDADE SEGURA, 2018, p. 30).

A pesquisa de vitimização também trouxe dados sobre o mercado das drogas. Nada menos que 83,6% dos entrevistados relataram ter presenciado o consumo de drogas ilícitas nos 12 meses anteriores, ou seja, cerca de um milhão de pessoas, e 58% testemunharam esse fato em mais de dez ocasiões, evidenciando que se trata de prática social generalizada em todas as

classes sociais e regiões da cidade (INSTITUTO CIDADE SEGURA, 2018, p. 23). As disputas violentas entre as facções criminais pelo controle desse lucrativo mercado e a onda de homicídios reportados pela mídia local (FACÇÕES, 2016) estão diretamente relacionadas à desestabilização da geografia do tráfico de drogas na capital gaúcha, explicada pela ascensão de uma nova facção criminal, que passou a tomar pela força pontos de venda controlados por outros grupos (CIPRIANI, 2016a, p. 127-129). Não por acaso, 18,8% dos entrevistados na pesquisa de vitimização apontaram a existência de "bocas de fumo" e 12,4% a presença de pessoas armadas com fuzis na sua vizinhança (INSTITUTO CIDADE SEGURA, 2018, p. 20).

Também quanto aos assentamentos informais populares, Porto Alegre não se distancia das demais grandes cidades brasileiras. Conforme o último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), havia 108 aglomerados subnormais na cidade, o que equivale a 56.024 domicílios ou 7,2% dos residentes (IBGE, 2010, p. 63). No entanto, esses números subestimam o fenômeno (PESSOA, 2015, p. 115), pois o inventário de 2008 do Departamento Municipal de Habitação (DEMHAB), que subsidiou o Plano Municipal de Habitação de Interesse Social (PMHIS), computou 486 núcleos de ocupação irregular, abarcando 75.656 domicílios, onde viviam 21,4% dos porto-alegrenses (DEMHAB, 2009, p. 67-68).[9]

### 2.2. A utilização de acórdãos judiciais como fontes de informação

A escolha de Porto Alegre como contexto também está relacionada ao fato que originalmente nos instigou a realizar este estudo. Constatamos que, nas câmaras criminais do TJRS, sediado na capital, tramitavam várias ações penais relacionadas às condutas tipificadas no art. 33 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006) em que os acusados haviam sido abordados pela BMRS em via pública em razão de estarem em "atitude suspeita", expressão frequente no vocabulário dos policiais, mas cujo sentido nos pareceu um tanto obscuro inicialmente. Ante a indisponibilidade de bases de dados oficiais sobre abordagens policiais, decidimos recorrer aos julgados do tribunal para obter informações sobre a formação da suspeita policial.

A limitação mais evidente da utilização de acórdãos judiciais como fontes de informação é que o universo estudado envolve abordagens produtivas que deram origem a processos criminais envolvendo o delito de tráfico de drogas julgados em instância recursal. Nem toda abordagem policial por fundada suspeita resulta na condução de uma pessoa à delegacia de polícia para documentação da ocorrência. Esse desfecho, na verdade, é raro: em pesquisa por

9 A definição de "núcleo de ocupação irregular" considera parâmetros como ocupação de terreno de propriedade alheia, desconformidade do loteamento ou das edificações com a legislação e grau de deficiência de infraestrutura e serviços urbanos (DEMHAB, 2009, p. 69). Embora não seja muito diferente, a definição de "aglomerados subnormais" exclui conjuntos inferiores a 51 unidades habitacionais (IBGE, 2010, p. 19).

questionários com uma amostra representativa da população carioca, apenas 1,9% das pessoas abordadas pela polícia relataram ter sido encaminhadas a uma delegacia (RAMOS e MUSUMECI, 2005, p. 117). Sabemos que, em determinados casos, inclusive em flagrantes envolvendo drogas, policiais militares negociam informalmente o registro ou não da ocorrência (GRILLO, POLLICARPO e VERÍSSIMO, 2011). Assim, é mínimo o percentual de abordagens policiais que supera o "efeito-de-funil" do sistema penal (ANDRADE, 2003, p. 262-263).

Porém, no caso de abordagens policiais envolvendo condutas relacionadas ao tráfico de drogas, essa metáfora faz sentido até a etapa da condução da pessoa abordada à delegacia. A partir daí, o formato do fluxo mais se parece com o de "um cilindro, já que quase tudo que entra no sistema de justiça criminal, especialmente por meio do flagrante, tende a ser processado e sentenciado rapidamente" (RIBEIRO, ROCHA e COUTO, 2017, p. 423). Um estudo sobre as implicações da atual política de drogas do Brasil, com base em dados de registros de ocorrência de dois distritos policiais no município de São Paulo entre 2004 e 2009, comprovou um progressivo aumento das chances de alguém ser incriminado por tráfico de drogas em relação às chances de ser incriminado como usuário, concluindo que, na prática, o sistema penal rejeita o deslocamento da prisão para o sistema de saúde pública previsto na legislação (CAMPOS e ALVAREZ, 2017). Provavelmente, a interpretação da conduta como tráfico por parte dos policiais responsáveis pela abordagem será determinante para a pessoa ser presa em flagrante, o procedimento será remetido pela Polícia Civil ao Poder Judiciário com o enquadramento na categoria "tráfico de drogas e condutas afins" e, oferecida a denúncia, o processo chegará ao julgamento de mérito (RIBEIRO, ROCHA e COUTO, 2017).

Por outro lado, os acórdãos judiciais têm a considerável vantagem de oferecer narrativas relativamente bem detalhadas das abordagens policiais que deram origem à ação penal. Os desembargadores do TJRS têm por hábito transcrever, na parte inicial dos acórdãos, trechos da denúncia do Ministério Público que relatam como e onde se deu a abordagem. Além disso, é usual que citem, direta ou indiretamente, na fundamentação dos votos, documentos de fases processuais anteriores, como o exame probatório feito pelo juiz de primeira instância ou depoimentos prestados pelos policiais das guarnições que protagonizaram as abordagens. Sabemos que, nas narrativas encontradas nos acórdãos judiciais, a versão oficial dos policiais sobre as abordagens assume centralidade. Em estudo empírico sobre casos de flagrantes de tráfico de drogas realizado por meio de entrevistas, observações de audiências judiciais e análise de processos judiciais, Jesus (2020) sustenta que a verdade policial é a que efetivamente vale para o campo jurídico; dificilmente as justificativas dos policiais para a realização das abordagens são questionadas pelos magistrados.

### 2.3. A EXTRAÇÃO DOS DADOS E A DELIMITAÇÃO DO UNIVERSO DE CASOS

O acervo de acórdãos do TJRS está disponível para consulta *on-line*, mediante busca na base de dados jurisprudencial (https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/). Os filtros de busca

foram ajustados para selecionar resultados que se adequassem aos seguintes argumentos: (a) termos "atitude suspeita" e "via pública" no seu inteiro teor, observado o operador booleano de intersecção; (b) decisões de tipo "acórdão", na classe processual "apelações" e seção "crime", conforme classificação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); (c) assunto "tráfico de drogas e condutas afins", conforme tipologia do CNJ; (d) Porto Alegre como comarca de origem; e (e) julgados pelo tribunal entre 01 de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2017.[10]

Os 943 registros (*N*) resultantes da busca na base de dados do TJRS foram extraídos para uma planilha do editor *Microsoft Excel*. Nessa planilha, foram criadas colunas para individualizar os registros a partir de informações básicas: "registro" (A), com o número de identificação sequencial conforme a ordem dos resultados da busca jurisprudencial; "acórdão" (B), com o número atribuído ao acórdão pelo TJRS; "íntegra" (C), com o link para acesso ao inteiro teor do documento; e "ano" (D), relativo à data do julgamento em segunda instância. Encerrado esse procedimento de organização dos registros, descartamos 45 acórdãos que apareciam mais de uma vez nos resultados da busca.[11]

A seguir, realizamos a leitura do inteiro teor dos 898 documentos remanescentes, a fim de extrair dados úteis para a análise das abordagens policiais. Acrescentamos à planilha duas colunas visando georreferenciar os registros: "endereço da abordagem" (E), com o nome da via pública, numeração e bairro; e "cidade" (F). A despeito dos esforços para inferir o local onde as abordagens de fato aconteceram,[12] tivemos de descartar 27 registros por inconsistências insanáveis que inviabilizavam o georreferenciamento.

Na sequência, inserimos as colunas "denúncia ministerial" (H) e "depoimentos policiais" (I) para tabular os trechos dos acórdãos que reproduziam relatos das abordagens. Examinando esses dados, descartamos 236 registros por destoarem do foco previamente estabelecido: 40 se referiam a abordagens realizadas pela Polícia Civil; 72 a abordagens a ocupantes de veículos ou buscas domiciliares; e 124 a abordagens por denúncia da população ou indicação do sistema municipal de videomonitoramento.[13] Considerados os critérios de descarte, foi delimitado o universo (*n*) de 635 casos para análise censitária (Tabela 1).

10 Alguns acórdãos fazem referência a abordagens ocorridas em anos anteriores, porém, o critério temporal assegurou a exclusão do universo de casos que precederam a "nova" Lei de Drogas (BRASIL, 2006).

11 Essas duplicidades na listagem se devem a um erro no funcionamento do motor de busca do TJRS.

12 Sanamos as imprecisões nos endereços (por vezes, ruelas ou becos sem denominação, devido à irregularidade fundiária) recorrendo a dados contextuais que apareciam nos acórdãos, combinados com informações do *Google Maps* sobre pontos de referência citados, como escolas e postos de saúde. Em 19 casos posicionamos as abordagens por aproximação, pois evidentemente se tratava de via pública de uma vila específica.

13 Porto Alegre conta com um Centro Integrado de Comando, que monitora em tempo real imagens de centenas de câmeras de vídeo distribuídas em pontos estratégicos da cidade.

TABELA 1. **ESTATÍSTICA DESCRITIVA SIMPLES.**
**FREQUÊNCIA DOS REGISTROS NA PLANILHA DE DADOS** ($N = 943$)

| TIPO DE REGISTRO | FREQ. | % N |
|---|---|---|
| **CASOS ESTUDADOS (*n*)** | **635** | **67,3** |
| **CASOS DESCARTADOS** | **308** | **32,7** |
| ***DUPLICIDADE*** | 45 | 4,8 |
| ***ENDEREÇO INCONSISTENTE*** | 27 | 2,9 |
| ***OUTROS CRITÉRIOS*** | 236 | 25,0 |
| *AUTORIDADE POLICIAL ≠ BMRS* | 40 | 4,2 |
| POLÍCIA CIVIL | 40 | 4,2 |
| GUARDA MUNICIPAL | - | - |
| *ABORDAGEM ≠ PEDESTRE EM VIA PÚBLICA* | 72 | 7,6 |
| BUSCAS EM VEÍCULOS | 58 | 6,2 |
| BUSCAS DOMICILIARES | 14 | 1,5 |
| *ABORDAGEM POR OUTRA MOTIVAÇÃO* | 124 | 13,1 |
| AVERIGUAÇÃO DE DENÚNCIA | 116 | 12,3 |
| VIDEOMONITORAMENTO | 8 | 0,8 |
| **TOTAL DE REGISTROS (*N*)** | **943** | **100** |

Fonte: Elaboração própria.

## 2.4. CODIFICAÇÃO DOS DADOS QUALITATIVOS

O passo seguinte envolveu a codificação das informações que constavam na planilha, visando convertê-las em dados que, posteriormente, pudessem ser analisados quantitativamente por meio de software estatístico. Para isso, buscamos categorizar as informações qualitativas a respeito de cada abordagem contidas nas colunas H e I. Cabe referir que, nos raros casos em que havia narrativas parcialmente conflitantes entre o Ministério Público e a BMRS a respeito das circunstâncias da abordagem, foi considerada a versão apresentada pelos policiais.

Utilizamos dois conceitos teóricos da geografia jurídica para construir variáveis nominais dicotômicas. Na coluna "representação do espaço na narrativa policial" (J), foi assinalada a

presença (1) ou a ausência (0) de percepções por parte dos policiais acerca do lugar onde ocorreu a abordagem. Já na coluna "indicação da prática espacial que motivou a abordagem" (K) foi marcado se havia (1) ou não (0) uma descrição dos comportamentos que despertaram suspeitas no momento da aproximação da guarnição.

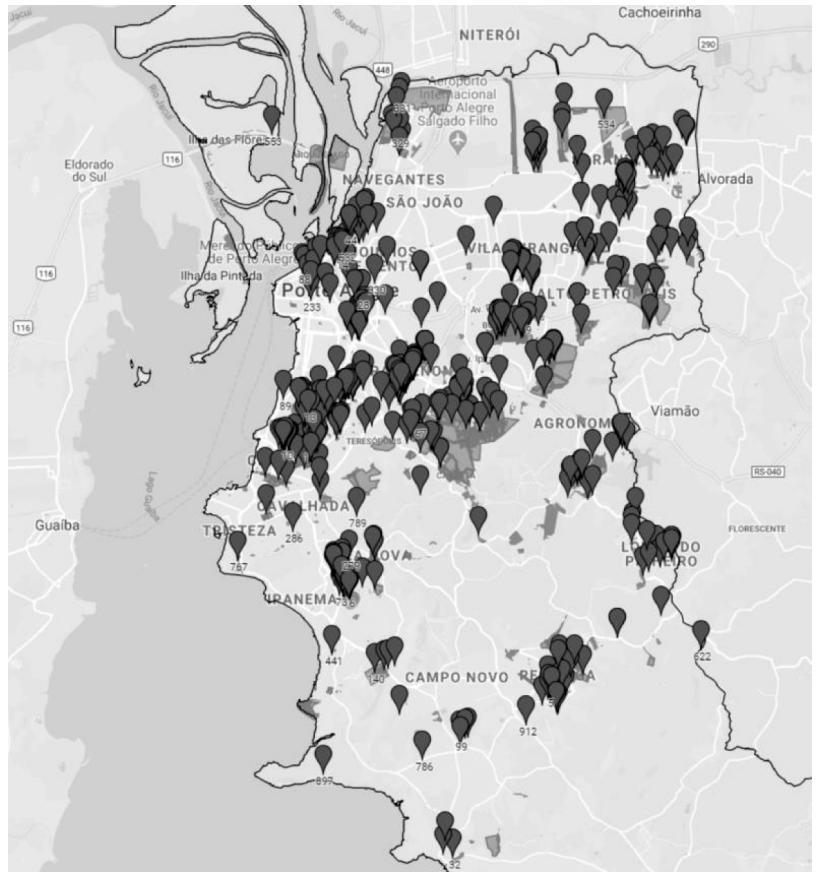
Nos 503 casos (79,2% do universo) em que havia indicação da prática espacial, classificamos o comportamento observado em parâmetros que emergiram dos dados. Assim, na coluna "classificação da prática espacial que motivou a abordagem" (L), utilizamos 21 parâmetros, tais como "estar parado em via pública", "caminhar em via pública", "empreender fuga" e "disparar contra guarnição". A seguir, subdividimos esses parâmetros classificatórios em duas categorias abrangentes, assinalando se os casos correspondiam (1) ou não (0) a uma "reação à presença policial ou porte ostensivo de droga ou arma" (M). Evitamos utilizar diretamente a noção de atitude intrinsecamente suspeita, que serviu de inspiração para a construção dessa variável, pois para alguns dos parâmetros a codificação não seria unívoca.[14]

### 2.5. Codificação das informações geográficas

Na última etapa da codificação, analisamos informações geográficas por meio de um mapa criado no *Google Maps* (Figura 1). Importamos para o mapa os dados das colunas E e F, criando uma camada cartográfica de marcadores da localização das 635 abordagens policiais, a fim de identificar se tinham ocorrido em assentamentos informais populares.

14 Por exemplo, "usar roupa inadequada ao clima" pode ser codificado como uma atitude intrinsecamente suspeita, mas não como reação à presença policial ou porte ostensivo de droga ou arma.

FIGURA 1 – **MAPA ILUSTRATIVO DAS ABORDAGENS POLICIAIS**[15]




Fonte: Google Maps.

As vilas e favelas são territórios cuja espacialidade é constituída informalmente por normas sociais comunitárias, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com o perímetro municipal de Porto Alegre, um espaço jurisdicional definido formalmente, mediante o estabelecimento de fronteiras rígidas e precisas, por normas jurídicas estatais (KONZEN, 2013b, p. 151-155). Assim, tivemos de recorrer a informações geográficas que são meramente indicativas da conformação desses espaços territoriais, pois não há uma cartografia oficial.

As informações geográficas mais recentes sobre os assentamentos informais populares estão disponíveis em um mapeamento temático sobre áreas de vulnerabilidade socioeconômica disponibilizado pelo Observatório da Cidade de Porto Alegre (http://www.observapoa.com.br). Copiamos duas camadas para o nosso mapa de abordagens policiais: uma com 477 polígonos, correspondente ao georreferenciamento de vilas populares, oriunda do inventário de núcleos de ocupação irregular atualizado em 2008 pelo DEMHAB para subsidiar o PMHIS;[16]

15 Este mapa é meramente ilustrativo. Para acesso ao mapa completo, contatar os autores deste artigo.

16 Os 477 registros de "vilas" que constam nessa camada correspondem a 98,1% dos 486 núcleos de ocupação irregular referidos no inventário do PMHIS. Não comparamos os dados, pois o PMHIS não enumera esses núcleos, mas é possível que essa divergência se deva a atualizações decorrentes de avanços na regularização fundiária.

e outra com 111 polígonos de áreas de aglomerados subnormais, oriundas do Censo Demográfico de 2010 do IBGE.[17] Quando sobrepostas (PESSOA, 2015, p. 117), essas camadas cartográficas oferecem uma visão razoavelmente compreensiva das vilas e favelas de Porto Alegre.

Assim, o mapa permitiu visualizar se determinado marcador estava dentro ou fora dos limites territoriais de alguma das vilas e favelas situadas no município.[18] Acrescentamos, então, a coluna "vila ou aglomerado subnormal" (G) à planilha *Excel*, a fim de assinalar se a abordagem ocorrera (1) ou não (0) em um assentamento informal popular.

### 2.6. Análise estatística de associações entre variáveis

Uma vez preenchidas todas as colunas da planilha (Figura 2) referentes aos 635 registros, foi possível realizar a análise estatística. Para tanto, exportamos para o software *IBM SPSS* os dados quantitativos das colunas G, J, K e M, correspondentes às variáveis nominais dicotômicas que nos interessavam: "abordagem policial em vila ou aglomerado subnormal" (a); "espaço representado como lugar de tráfico na narrativa policial" (b); "indicação da prática espacial que motivou a abordagem" (c); e "reação à presença da polícia ou porte ostensivo de droga ou arma" (d). Após rodar as análises estatísticas, adicionamos no *SPSS* uma quinta variável, conjugando dois parâmetros da coluna L referentes às práticas espaciais: "caminhar ou estar parado em via pública" (e).

17 Os 111 registros dessa camada correspondem aos 108 aglomerados subnormais do Censo Demográfico de 2010, já que três deles foram georreferenciados em polígonos separados.

18 Consideramos que a abordagem ocorreu dentro do assentamento informal popular nos casos em que o marcador estava posicionado a até um quarteirão de distância dos limites perimetrais do polígono.

FIGURA 2 – **IMAGEM ILUSTRATIVA DA PLANILHA DE REGISTROS**[19]

| A | B | C | D | E | F | G | H | I | J | K | L | M | N |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Reg. | Acordão | Íntegra | Ano | Endereço da abordagem | Cidade | Vila ou aglomerado subnormal (1/0) | Denúncia promotoria | Depoimentos policiais | representação do espaço na narrativa policial (1/0) | indicação da prática espacial que motivou a abordagem (1/0) | classificação da prática espacial que motivou a abordagem | reação à presença policial ou porte ostensivo de droga ou arma (1/0) | critério para descarte |
| 1 | 70060133212 | Inteiro teor. doc | 2015 | Rua Dona Cristina, 221 - Cristal | Porto Alegre | 1 | Na ocasião, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina | Os policiais militares Rudinei Lourenço Fernandes (fl. 13) e | 1 | 0 | NA | 0 | |
| 2 | 70061845541 | nteiro teor. doc | 2015 | | | | | | | | | | Abordagem em residência |
| 3 | 70062463796 | nteiro teor. doc | 2015 | Rua Dorival Castilhos Machado, 1077 - Hípica | Porto Alegre | 0 | Na ocasião, policiais militares estavam em patrulhamento de rotina | uma análise exaustiva, à qual me reporto para evitar tautologia | 1 | 1 | Empreender fuga | 1 | |
| 4 | 70061691200 | nteiro teor. doc | 2015 | Av. Moab Caldas, 139 - Santa Tereza | Porto Alegre | 1 | Na ocasião, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina | Com efeito, quando ouvidos judicialmente, os policiais militares | 1 | 1 | Dispensar objeto | 1 | |
| 5 | 70041715699 | nteiro teor. doc | 2015 | Rua Jardim Antônio Onofre da Silveira, 545 - Restinga | Porto Alegre | 1 | Na oportunidade, policiais militares estavam em | Josepher Rodrigues Leal (fls. 32/35) narrou que estava em | 1 | 1 | Dispensar objeto | 1 | |
| 6 | 70050526433 | nteiro teor. doc | 2015 | Rua 22 de Novembro, 08 - Passo das Pedras | Porto Alegre | 1 | Na ocasião, o denunciado se encontrava na via | Já os policiais que atenderam a ocorrência e efetuaram o flagrante | 0 | 1 | Levar a mão à cintura como se fosse sacar arma | 1 | |
| 7 | 70053358479 | nteiro teor. doc | 2015 | | | | | | | | | | Videomonitoramento |
| 8 | 70052545639 | nteiro teor. doc | 2015 | | | | | | | | | | Abordagem em residência |
| 9 | 70044733590 | nteiro teor. doc | 2015 | Rua Alá, 309 - Bom Jesus | Porto Alegre | 1 | Na ocasião, o denunciado estava parado no logradouro | GELSON EDUARDO DOS ANJOS, policial militar, declarou que a | 1 | 0 | NA | 0 | |
| 10 | 70062363770 | nteiro teor. doc | 2015 | Rua Jataí, 125 - Cristal | Porto Alegre | 1 | Na oportunidade, policiais militares em patrulhamento de rotina | Os policiais militares, TAYLOR RICARDO MENDONÇA DE | 1 | 1 | Dispensar objeto | 1 | |
| 11 | 70062841002 | nteiro teor. doc | 2015 | Tv. Farroupilha, 86 - Bela Vista | Porto Alegre | 0 | Na ocasião, policiais militares, em patrulhamento | De efeito, os policiais Bruno Zanini Rodrigues, Luciano Chaves da | 1 | 1 | Portar volume como sacola ou mochila | 0 | |
| 12 | 70062730999 | nteiro teor. doc | 2015 | Largo das Paineiras, 190 - Vila João Pessoa | Porto Alegre | 1 | Na ocasião, o denunciado encontrava-se em local conhecido | [...] A gente estava em patrulhamento de rotina. Avistaram ele, não me | 1 | 0 | NA | 0 | |
| 13 | 70062744602 | nteiro teor. doc | 2015 | Rua São Cristiano, 588 - Santa Tereza | Porto Alegre | 1 | Na oportunidade, policiais militares que se encontravam em | O Policial Militar Sérgio Luis Flores Pereira relatou que, na | 1 | 1 | Empreender fuga | 1 | |
| 14 | 70062396308 | nteiro teor. doc | 2015 | Rua Voluntários da Pátria, 959 - Centr | Porto Alegre | 0 | Na oportunidade, policias militares efetuavam | A testemunha Fernando Della Flora Silveira, policial militar, narrou | 1 | 1 | Manusear drogas e dinheiro | 1 | |
| 15 | 70063335384 | nteiro teor. doc | 2015 | | | | | | | | | | Averiguação de denúncia |

Fonte: Elaboração própria.

A análise estatística da associação entre as variáveis foi efetuada no *SPSS* mediante a elaboração de tabelas de contingência 2x2. Realizamos o Teste do Qui-quadrado para saber se havia uma associação estatisticamente significativa entre a variável "a" e as variáveis "b", "c", "d" e "e". Nos casos em que havia evidências suficientes para concluir que as variáveis estavam associadas, considerado o nível de significância de 5% ($p < 0{,}05$), utilizamos o cálculo de razão de chances (*OR*) para quantificar essa associação e entender qual era a sua direção.

O escopo dessa análise estatística está limitado pelo problema de pesquisa: descobrir se alguém que interage com a polícia em vilas e favelas está mais propenso a ser visto como suspeito do delito de tráfico de drogas. Pretendemos discutir as regularidades estatísticas encontradas no universo estudado, não avaliar a correção da conduta das guarnições responsáveis pelas abordagens em casos específicos. Da mesma maneira, vamos nos ater somente à espacialidade como fator na determinação da fundada suspeita, mesmo sabendo que, provavelmente, as variáveis espaciais atuam em combinação com outros fatores.

Se considerássemos fatores comportamentais, organizacionais e espaciais em sua interconexão, teríamos de realizar uma análise multifatorial com o auxílio de um modelo estatístico.[20] Esse caminho merece ser percorrido em pesquisas futuras, exigindo o acesso a

19 Esta figura é meramente ilustrativa. Para acesso à planilha completa, contatar os autores deste artigo.

20 Para exemplos de análises multifatoriais, ver Campos e Alvarez (2017) e Lages e Ribeiro (2019).

outras fontes de informação – por exemplo, para estudar os estereótipos, precisaríamos de dados que servissem como indicadores de gênero, raça, classe etc., os quais não encontramos nos acórdãos judiciais. Assim, uma das limitações do desenho metodológico desta pesquisa é que não conseguiremos determinar se os fatores espaciais têm maior ou menor poder explicativo em relação aos fatores comportamentais e organizacionais na formação da suspeita policial.

## 3. Discussão dos resultados

Nesta seção, discutimos as evidências empíricas sobre os fatores espaciais na determinação da fundada suspeita em abordagens policiais no contexto de Porto Alegre. Argumentamos que a espacialidade efetivamente importa na formação da fundada suspeita. Primeiro, porque as chances de práticas espaciais serem entendidas como suspeitas pela polícia são maiores em vilas e favelas que no restante da cidade. Segundo, porque as vilas e favelas tendem a ser percebidas pela polícia como "lugares de tráfico", devido às representações do espaço que concebem esses territórios como associados ao comércio varejista de drogas.

### 3.1. A suspeita que recai sobre as práticas espaciais é maior em vilas e favelas

A Tabela 2 apresenta um resumo descritivo da análise estatística realizada. Constatamos que 457 abordagens policiais ocorreram em vilas e favelas, o que corresponde a 72% do universo de 635 casos analisados. Em 2015, isso ocorreu em 170 das 248 vezes possíveis (68,5%); em 2016, em 174 das 229 vezes possíveis (76%); e em 2017, em 113 das 158 vezes possíveis (71,5%). No universo de abordagens produtivas realizadas pela BMRS em via pública a pedestres considerados em atitude suspeita que deram origem a processos criminais relativos ao delito de tráfico de drogas julgados pelo TJRS, a frequência de casos foi maior em vilas e favelas em todos os anos do triênio analisado. Reportar esses resultados, todavia, é apenas um passo inicial. Nossa principal preocupação é, antes, saber como ocorre o processo de produção da espacialidade das vilas e favelas.

Começamos a análise da associação entre as variáveis pelas práticas espaciais. Nos assentamentos informais populares as práticas criminalizadas são as mesmas que em outros lugares? Para responder a essa pergunta recorremos aos dados provenientes da descrição qualitativa dos comportamentos que despertaram suspeitas no momento da aproximação da guarnição policial. Um dos achados mais interessantes da pesquisa é que, em 132 casos (20,8%), a prática espacial que motivou a abordagem não se encontra descrita no acórdão. A omissão dessa informação em um percentual tão elevado de casos é surpreendente, em se tratando de decisões judiciais em processos criminais que tiveram origem justamente em abordagens por fundada suspeita. No entanto, a falha pode não ser dos policiais, mas dos magistrados ou promotores de justiça.

TABELA 2 – **ESTATÍSTICA DESCRITIVA SIMPLES. FREQUÊNCIA DE CASOS POR PARÂMETRO** ($N = 635$)

| PARÂMETRO | ANO DE JULGAMENTO NO TJRS | | | | % *n* |
|---|---|---|---|---|---|
| | 2015 | 2016 | 2017 | 2015-17 | |
| ABORDAGEM POLICIAL EM VILA OU AGLOMERADO SUBNORMAL | 170 | 174 | 113 | 457 | 72 |
| ESPAÇO REPRESENTADO COMO LUGAR DE TRÁFICO POLICIAL | 232 | 214 | 147 | 593 | 93,4 |
| INDICAÇÃO DA PRÁTICA ESPACIAL QUE MOTIVOU A ABORDAGEM | 198 | 188 | 117 | 503 | 79,2 |
| *ESTAR PARADO EM VIA PÚBLICA* | 40 | 40 | 23 | 103 | 16,2 |
| *PORTAR VOLUME COMO SACOLA OU MOCHILA* | 7 | 9 | 12 | 28 | 4,4 |
| *SAIR DE BECO* | 1 | 4 | 5 | 10 | 1,6 |
| *SAIR DE RESIDÊNCIA* | 1 | 5 | 2 | 8 | 1,3 |
| *ESTAR COM VOLUME OCULTO NA CINTURA OU ROUPAS* | 1 | 5 | 2 | 8 | 1,3 |
| *TROCAR OBJETOS* | 1 | 6 | 1 | 8 | 1,3 |
| *CAMINHAR EM VIA PÚBLICA* | 2 | 3 | 2 | 7 | 1,1 |
| *SAIR DE CASA ABANDONADA, TERRENO BALDIO OU MATAGAL* | 2 | 1 | 2 | 5 | 0,8 |
| *GUARDAR OBJETOS EM ESCONDERIJO* | 3 | 1 | 0 | 4 | 0,6 |
| *EMBARCAR OU DESEMBARCAR DE VEÍCULO AUTOMOTOR* | 0 | 0 | 2 | 2 | 0,3 |
| *EMPURRAR VEÍCULO AUTOMOTOR* | 0 | 0 | 1 | 1 | 0,2 |
| *USAR ROUPA INADEQUADA AO CLIMA* | 0 | 0 | 1 | 1 | 0,2 |
| REAÇÃO À PRESENÇA DA POLÍCIA OU PORTE DE DROGA OU ARMA | 140 | 114 | 64 | 318 | 50,1 |
| *EMPREENDER FUGA* | 75 | 75 | 40 | 190 | 29,9 |
| *DISPENSAR OBJETO* | 38 | 27 | 14 | 79 | 12,4 |
| *MANUSEAR DROGAS E DINHEIRO* | 10 | 5 | 4 | 19 | 3,0 |
| *APRESSAR O PASSO, RECUAR OU MUDAR DE DIREÇÃO* | 11 | 4 | 3 | 18 | 2,8 |
| *DISPERSAR GRUPO* | 3 | 1 | 1 | 5 | 0,8 |
| *EMPUNHAR ARMA DE FOGO* | 1 | 2 | 0 | 3 | 0,5 |
| *ESCONDER OBJETO NA CINTURA OU NAS ROUPAS* | 1 | 0 | 1 | 2 | 0,3 |
| *LEVAR MÃO À CINTURA COMO SE FOSSE SACAR ARMA* | 1 | 0 | 0 | 1 | 0,2 |
| *DISPARAR CONTRA GUARNIÇÃO* | 0 | 0 | 1 | 1 | 0,2 |
| TOTAIS | 248 | 229 | 158 | 635 | 100 |

Fonte: Elaboração própria.

Ao contrário do que esperávamos, não encontramos diferenças significativas no que se refere à indicação da prática espacial que motivou a abordagem entre os casos que ocorreram em vilas e favelas e os casos que ocorreram em outros lugares da cidade (Tabela 3). Nas vilas e favelas, em 359 dos 457 casos possíveis (78,5%) as práticas espaciais que motivaram abordagens foram indicadas nos relatos dos policiais, ao passo que nos demais lugares isso ocorreu em 144 casos de 178 possíveis (80,9%); essa ligeira diferença não é estatisticamente significativa ($X^2 = 0{,}427$, $p = 0{,}513$), considerando o nível de significância adotado ($p < 0{,}05$). Ao que tudo indica, não é tanto a preocupação com a descrição da prática espacial que varia, mas sim o tipo de prática espacial que desperta a suspeita policial.

TABELA 3 – **INDICAÇÃO DA PRÁTICA ESPACIAL QUE MOTIVOU A ABORDAGEM**

| | | SIM | NÃO | TOTAIS |
|---|---|---|---|---|
| ABORDAGEM POLICIAL EM VILA OU AGLOMERADO SUBNORMAL | **SIM** | 359 | 98 | 457 |
| | **NÃO** | 144 | 34 | 178 |
| | **TOTAIS** | 503 | 132 | 635 |

$X^2 = 0{,}427$
$p$-valor 0,513

Fonte: Elaboração própria.

Consideramos a seguir os 318 casos (50,1%) em que as práticas espaciais reportadas pelos policiais envolviam uma reação à presença policial ou porte ostensivo de drogas ou armas. Em 190 dos 635 casos possíveis (29,9%), as pessoas foram abordadas por empreenderem fuga ao notarem a aproximação da guarnição; em 79 (12,4%), por dispensarem objetos; e em 18 (2,8%), por apressarem o passo, recuarem ou mudarem de direção. Outras práticas espaciais de reação à presença da polícia registraram frequência inferior a 1% no universo analisado, como estar em um grupo que se dispersou; esconder objeto na cintura ou nas roupas; e levar a mão à cintura como se fossem sacar uma arma. Em 19 casos (3%), as pessoas foram flagradas manuseando drogas e dinheiro em via pública; e houve uma ou outra situação em que foram surpreendidas empunhando arma de fogo ou dispararam contra a guarnição. Os resultados demonstram que é alta a frequência de atitudes intrinsecamente suspeitas que motivam abordagens, independentemente dos atributos de quem as protagoniza ou das características da vizinhança.

Verificamos, a seguir, se havia diferenças significativas no que se refere à reação à presença policial ou porte ostensivo de drogas ou armas como motivação para as abordagens policiais entre os casos que ocorreram em vilas e favelas e os casos que ocorreram em outros espaços urbanos (Tabela 4). Nas vilas e favelas, em 212 dos 457 casos possíveis (46,4%) as práticas espaciais que motivaram as abordagens correspondiam a reações à presença policial ou ao porte ostensivo de droga ou armas; nos demais lugares, isso ocorreu em 106 dos 178 casos possíveis (59,5%), uma diferença estatisticamente significativa ($X^2 = 8{,}876$, $p = 0{,}003$), considerando o nível de significância ($p < 0{,}05$). Esse resultado permite afirmar que nas vilas e favelas há 1,7 menos chances ($OR = 0{,}588$) que no restante da cidade de uma abordagem ter sido motivada pela reação à presença da polícia ou pelo porte ostensivo de droga ou arma.

TABELA 4 – **REAÇÃO À PRESENÇA DA POLÍCIA OU PORTE OSTENSIVO DE DROGAS OU ARMAS**

| | | SIM | NÃO | TOTAIS |
|---|---|---|---|---|
| ABORDAGEM POLICIAL EM VILA OU AGLOMERADO SUBNORMAL | **SIM** | 212 | 245 | 457 |
| | **NÃO** | 106 | 72 | 178 |
| | **TOTAIS** | 318 | 317 | 635 |

$X^2 = 8{,}876$
$p$-valor 0,003
$OR = 0{,}588$

Fonte: Elaboração própria.

Restava examinar o que ocorrera nos 185 casos do universo estudado (29,1%) em que as práticas espaciais que motivaram as abordagens foram indicadas, sem que caracterizassem reação à presença policial ou porte ostensivo de drogas ou armas. Conforme as narrativas dos policiais, em 103 dos 635 casos analisados (16,2%) as pessoas foram abordadas por estarem paradas em via pública; em 28 (4,4%), por portarem volumes como sacolas ou mochilas; em 10 (1,6%), por terem saído de um beco; em 8 (1,3%), por terem saído de uma residência; em 8 (1,3%), por estarem com volumes ocultos na cintura ou roupas; em 8 (1,3%), por terem trocado objetos; e em 7 (1,1%), por estarem caminhando em via pública. Outras práticas espaciais reportadas como motivação para a abordagem apareceram com frequência inferior a 1%, como sair de casa abandonada, terreno baldio ou matagal; guardar objetos em esconderijo; embarcar ou desembarcar de veículo automotor; empurrar veículo

automotor; e usar roupa inadequada ao clima. Será que esses comportamentos geram suspeita apenas em determinados territórios?

A fim de esclarecer essa questão, analisamos as diferenças entre as abordagens que ocorreram em vilas e favelas e as que ocorreram em outros lugares da cidade que tinham por motivação as práticas espaciais de caminhar ou estar parado em via pública (Tabela 5), em relação às quais, em princípio, não recairia suspeita, salvo se houvesse a influência de outras variáveis. Nas vilas e favelas, em 90 dos 457 casos analisados (19,7%) as práticas espaciais que motivaram as abordagens foram caminhar ou estar parado em via pública, enquanto que, nos demais lugares, isso ocorreu em 20 dos 178 casos (11,2%); tal diferença é estatisticamente significativa ($X^2 = 6{,}398$, $p = 0{,}011$), considerando o nível de significância adotado ($p < 0{,}05$). Com base nesse resultado, podemos dizer que nas vilas e favelas há 1,94 mais chances ($OR = 1{,}937$) que nos demais espaços da cidade de a abordagem ser motivada pelas práticas espaciais de caminhar ou estar parado em via pública.

TABELA 5 – **CAMINHAR OU ESTAR PARADO EM VIA PÚBLICA**

| | | SIM | NÃO | TOTAIS |
|---|---|---|---|---|
| ABORDAGEM POLICIAL EM VILA OU AGLOMERADO SUBNORMAL | **SIM** | 90 | 367 | 457 |
| | **NÃO** | 20 | 158 | 178 |
| | **TOTAIS** | 110 | 525 | 635 |

$X^2 = 6{,}3983$
$p$-valor 0,011
$OR = 1{,}937$

Fonte: Elaboração própria.

Com base nesse conjunto de evidências, sempre tendo em mente o universo estudado, podemos afirmar que as chances de práticas espaciais serem entendidas como suspeitas pela polícia são maiores em vilas e favelas que no restante da cidade, onde são proporcionalmente mais comuns as abordagens motivadas por reações à presença policial ou pelo porte ostensivo de drogas e armas. Os dados empíricos corroboram a hipótese ancorada na literatura, sugerindo que quem se depara com a polícia em assentamentos informais populares está mais propenso a ser visto como suspeito do delito de tráfico de drogas em comparação com quem se comporta de maneira equivalente em outros lugares. Mas, por que isso acontece?

### 3.2. Vilas e favelas tendem a ser representadas pela polícia como lugares de tráfico

A análise de associação entre as variáveis demonstra que a resposta para essa pergunta passa por outra dimensão do processo de produção do espaço urbano: as representações do espaço. Como os policiais militares representam o espaço urbano quando relatam as motivações para a realização de abordagens por fundada suspeita nos casos envolvendo tráfico de drogas?

Para responder a essa pergunta recorremos aos dados provenientes da descrição das características das vizinhanças onde ocorreram as abordagens por fundada suspeita. Um dos achados mais relevantes do nosso estudo é que em nada menos que 593 dos 635 casos (93,4%) os espaços urbanos de Porto Alegre em que se deram essas abordagens foram representados como lugares de tráfico nas narrativas policiais. Conforme os depoimentos dos policiais militares, as pessoas foram abordadas em lugares que eram conhecidos como pontos de tráfico de drogas.

Na sequência, buscamos descobrir se havia diferenças significativas no que se refere à representação do espaço como lugar de tráfico entre as abordagens policiais em vilas e favelas e aquelas que ocorreram em outros lugares da cidade (Tabela 6). Nas vilas e favelas, em 444 dos 457 casos (97,1%) o espaço foi representado como lugar de tráfico na narrativa policial; nos demais lugares, isso ocorreu em 149 dos 178 casos (83,7%), uma diferença altamente significativa ($X^2 = 37{,}505$, $p = 0{,}000$), considerando que a associação entre as variáveis se evidencia estatisticamente mesmo se for adotado o nível de significância de 1% ($p < 0{,}01$). O resultado encontrado permite afirmar que as vilas e favelas foram representadas como lugares de tráfico na narrativa policial 6,65 mais vezes ($OR = 6{,}647$) que os demais espaços urbanos.

TABELA 6. **Espaço representado como lugar de tráfico na narrativa policial**

| | | SIM | NÃO | TOTAIS |
|---|---|---|---|---|
| ABORDAGEM POLICIAL EM VILA OU AGLOMERADO SUBNORMAL | **SIM** | 444 | 13 | 457 |
| | **NÃO** | 149 | 29 | 178 |
| | **TOTAIS** | 593 | 42 | 635 |

$X^2 = 37{,}505$

*p*-valor 0,000

$OR = 6{,}647$

Fonte: Elaboração própria.

Notamos, entretanto, que os fundamentos que embasavam essas percepções eram invariavelmente omitidos nas narrativas policiais. Tais pontos de tráfico de drogas eram do conhecimento de quem exatamente? Seria da Polícia Militar? Dos moradores da vizinhança? Dos usuários de drogas? Da população da cidade em geral? Desde quando os policiais sabiam que determinado ponto de venda de drogas funcionava?

A partir desse conjunto de evidências, considerando o universo de casos estudado, podemos afirmar que as vilas e favelas de Porto Alegre tendem, mais do que outros espaços da cidade, a ser percebidas pela Polícia Militar como "lugares de tráfico", devido às representações do espaço que concebem esses territórios como vinculados ao mercado de substâncias entorpecentes ilícitas. Por serem reproduzidas sem respaldo em informações empíricas, essas percepções por parte da polícia assumem caráter marcadamente ideológico, recaindo sobre todos os assentamentos informais populares indistintamente. Portanto, quem interage com a polícia nesses locais está mais propenso a ser visto como suspeito do delito de tráfico de drogas em comparação com quem se comporta de maneira equivalente em outros lugares.

## Conclusão

Neste estudo de geografia jurídica, buscamos compreender a relevância da espacialidade como fator na formação da fundada suspeita em abordagens policiais relacionadas ao tráfico de drogas no Brasil. Considerando especificamente a literatura sobre os fatores espaciais que explicam a atuação seletiva da polícia, formulamos a hipótese de que pessoas que se deparam com a polícia em assentamentos informais populares estão mais propensas a serem vistas como suspeitas de tráfico de drogas do que aquelas que interagem com a polícia em outros lugares da cidade. Por fim, testamos essa hipótese empiricamente, analisando dados sobre as abordagens policiais em Porto Alegre.

Discutindo os resultados dessa análise empírica, argumentamos que a espacialidade dos assentamentos informais populares efetivamente importa na formação da fundada suspeita. Primeiro, porque as chances de práticas espaciais serem entendidas como suspeitas pela polícia são maiores em vilas e favelas que no restante da cidade, onde a proporção de abordagens motivadas por reações à presença policial ou por porte ostensivo de drogas e armas é mais expressiva. Segundo, porque as vilas e favelas tendem a ser mais frequentemente percebidas pela polícia como "lugares de tráfico", devido às representações desses espaços territoriais como necessariamente associados ao comércio varejista de drogas. Em conclusão, podemos afirmar que a construção da suspeita policial é influenciada por representações do espaço que concebem os assentamentos informais populares como "lugares de tráfico".

Considerando a literatura revisada sobre a seletividade no policiamento urbano, é plausível que a geografia jurídica das abordagens policiais em Porto Alegre guarde similitudes com a existente em outras grandes cidades brasileiras. Em 2010, o IBGE estimou que cerca de 11,4 milhões de pessoas viviam em 6,3 mil aglomerados subnormais, distribuídos em

323 municípios do país (IBGE, 2010, p. 38-39), e que 88,2% dos domicílios em aglomerados subnormais se concentravam em municípios das Regiões Metropolitanas com população maior que um milhão de habitantes (IBGE, 2010, p. 40). Se assim for, a suspeita que recai seletivamente sobre vilas e favelas impacta as interações cotidianas da polícia com milhões de pessoas.

Modificar a imagem das vilas e favelas, desconstruindo os estereótipos espaciais que recaem sobre essas vizinhanças, passa pela regularização fundiária de interesse social. Mesmo antes da vigência do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), programas de regularização de assentamentos informais populares já vinham sendo implementados nas cidades brasileiras (ALFONSIN, 1997). Graças à mobilização de moradores, lideranças comunitárias, gestores públicos, assessorias técnicas e profissionais do campo jurídico, centenas de vilas e favelas foram regularizadas nas últimas décadas. No entanto, é uma questão em aberto saber se essas vizinhanças urbanas, ao saírem da condição de informalidade, deixaram de ser representadas como lugares de tráfico. No nosso estudo empírico constatamos que a Vila Planetário, uma comunidade localizada em um bairro central de Porto Alegre e regularizada na década de 1990 (SILVA, 2010), permanecia sendo alvo de numerosas abordagens policiais. Esse caso sugere que a regularização fundiária, expressão das políticas do Estado social, pode ser insuficiente para descaracterizar vilas e favelas como lugares de tráfico, quando em tensão com as políticas do Estado penal.

Por isso, transformar o comportamento dos profissionais da segurança pública na interação com a população de vilas e favelas também é um imperativo. Se a Polícia Militar de fato tem conhecimento da existência de um ponto de venda de drogas, por que não é cuidadosamente planejada uma operação conjunta com a Polícia Civil para desmantelá-lo? Pensando na eficiência da ação policial e na integridade física dos agentes, qual é o sentido de realizar abordagens episódicas e arbitrárias, ao invés de planejar uma intervenção mais consistente, executada por policiais municiados de informações qualificadas sobre os grupos de traficantes ali instalados? Ao que parece, está-se condenando os policiais militares a atuarem pela "repetição infindável de procedimentos automáticos, naturalizados, desprovidos de qualquer inteligência (na acepção policial do termo), sabidamente inócuos e ineficazes para o controle da criminalidade" (RAMOS e MUSUMECI, 2005, p. 215).

Para além de reformas mais profundas nas corporações policiais, há muito demandadas e sempre adiadas,[21] parece-nos que algumas medidas específicas devem ser objeto de discussão

21 Essas propostas buscam transformar a cultura policial, envolvendo aspectos como desmilitarização e unificação das polícias estaduais, extinção das justiças militares estaduais, fim da divisão de carreiras entre oficiais e praças, ênfase no policiamento comunitário e mudanças no recrutamento e treinamento dos agentes. Para uma discussão mais detalhada, ver Azevedo e Nascimento (2016).

pública, considerando as evidências empíricas sobre a espacialidade como fator na atuação seletiva da polícia. São elas: (a) a edição de legislação para estabelecer a obrigatoriedade de se documentar toda abordagem realizada pela polícia em via pública, inclusive por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação; (b) a definição, pelas polícias militares, de critérios institucionais claros e explícitos para orientar a realização de abordagens a pedestres, permitindo o controle da legalidade da atuação dos policiais por outras instituições do campo jurídico; e (c) a propositura de ações judiciais para desafiar a constitucionalidade de políticas de segurança pública baseadas na realização de abordagens policiais massivas e rotineiras com impacto discriminatório empiricamente comprovado em relação a determinados grupos sociais e espaços urbanos.[22] Mudar a geografia jurídica das abordagens policiais por fundada suspeita é um caminho para produzir cidades mais inclusivas, seguras e justas.

**AGRADECIMENTOS**

*Os autores agradecem aos colegas do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade (GPDS) e do Laboratório de Pesquisa Empírica em Direito (LaPED-UFRGS), que contribuíram em diferentes etapas da construção deste estudo. Estendem os agradecimentos aos participantes dos grupos de trabalho que discutiram versões preliminares apresentadas no IX Encontro de Pesquisa Empírica em Direito e no IV ISA Forum of Sociology, bem como aos pareceristas anônimos da* Revista Direito GV, *pelas críticas e sugestões recebidas, que foram de grande valia para o aperfeiçoamento do artigo.*

## REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia. *Direito à moradia*: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: IPPUR, FASE, 1997.

22 Nos Estados Unidos, um juiz federal declarou inconstitucional a política do Departamento de Polícia da cidade de Nova York devido ao viés racial no caso *Floyd v. City of New York* (2013).

ANDRADE, Vera Regina P. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo G.; CIPRIANI, Marcelli. Um estudo comparativo entre facções: o cenário de Porto Alegre e o de São Paulo. *Sistema Penal &Violência*, v. 7, n. 2, p. 161-174, 2015.

AZEVEDO, Rodrigo G.; NASCIMENTO, Andréa. Desafios da reforma das polícias no Brasil: permanência autoritária e perspectivas de mudança. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 16, n. 4, p. 653-672, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia critica e critica del diritto penale.* Bologna: Il Mulino, 1982.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis:* drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BLOMLEY, Nicholas. *Law, space, and the geographies of power*. New York: Guilford Press, 1994.

BLOMLEY, Nicholas; DELANEY, David; FORD, Richard (eds.). *The legal geographies reader*: law, power, and space. Oxford: Blackwell, 2001.

BOURDIEU, Pierre. La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, v. 64, p. 3-19, 1986.

BRASIL. *Lei Federal n. 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. *Lei Federal n. 10.257*, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal (compilado). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BUTLER, Chris. Critical legal studies and the politics of space. *Social &Legal Studies*, v. 18, n. 3, p. 313-332, 2009.

CALDEIRA, Teresa. *City of walls*: crime, segregation and citizenship in São Paulo. Berkeley: University of California Press, 2000.

CAMPOS, Andrelino. *Do quilombo à favela*: a produção do "espaço criminalizado" no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CAMPOS, Marcelo; ALVAREZ, Marcos César. Pela metade: implicações do dispositivo médico-criminal da "Nova" Lei de Drogas na cidade de São Paulo. *Tempo Social*, v. 29, n. 2, p. 45-74, 2017.

CARDIA, Nancy. O medo da polícia e as graves violações dos direitos humanos. *Tempo Social*, v. 9, n. 1, p. 249-265, 1997.

CECCHETTO, Fátima; MUNIZ, Jacqueline; MONTEIRO, Rodrigo. "Basta tá do lado": a construção social do envolvido com o crime. *Caderno CRH*, v. 31, n. 82, p. 99-116, 2018.

CIPRIANI, Marcelli. Da "Falange Gaúcha" aos "Bala nos Bala": a emergência das "facções criminais" em Porto Alegre (RS) e sua manifestação atual. *Direito e Democracia*, v. 17, n. 1, p. 105-130, 2016a.

CIPRIANI, Marcelli. Segregação sócio-espacial e territorialidades do tráfico de drogas: as "facções criminais" diante do espaço urbano. *Conversas & Controvérsias*, v. 3, n. 2, p. 5-28, 2016b.

CHRISTIE, Nils. Éléments de géographie pénale. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, v. 124, p. 68-74, 1998.

DELANEY, David. *The spatial, the legal and the pragmatics of worldmaking*: nomospheric investigations. London: Routledge, 2010.

DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO (DEMHAB). *Plano municipal de habitação de interesse social*: diagnóstico do setor habitacional de Porto Alegre. Porto Alegre: Prefeitura Municipal de Porto Alegre, 2009.

DIETER, Maurício S. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DOVIDIO, John *et al.* Prejudice, stereotyping and discrimination: theoretical and empirical overview. *In:* DOVIDIO, John *et al.* (eds.) *The SAGE handbook of prejudice, stereotyping and discrimination*. London: SAGE, 2010. p. 3-28.

FACÇÕES criminosas atuam em quase metade dos bairros de Porto Alegre. *Portal G1*, Rio de Janeiro, 16 set. 2016. Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/09/faccoes-criminosas-atuam-em-quase-metade-dos-bairros-de-porto-alegre.html. Acesso em: 15 out. 2021.

FALCÃO, Joaquim (org.). *Invasões urbanas*: conflito de direito de propriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. Actuarial justice: the emerging new criminal law. *In:* NELKEN, David (ed.) *The futures of criminology*. London: SAGE, 1994. p. 173-201.

FORÇA Nacional chega a Porto Alegre para reforçar segurança pública. *Portal G1*, Rio de Janeiro, 29 ago. 2016. Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/08/forca-nacional-chega-porto-alegre-para-reforcar-seguranca-publica.html. Acesso em: 15 out. 2021.

FRIEDRICH, Robert. Police use of force: individuals, situations, and organizations. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 452, p. 82-97, 1980.

GARLAND, David. *The culture of control*: crime and social order in contemporary society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GELMAN, Andrew; FAGAN, Jeffrey; KISS, Alex. Analysis of the New York City Police Department "stop-and-frisk" policy the context of claims of racial bias. *Journal of the American Statistical Association*, v. 102, n. 479, p. 813-823, 2007.

GONÇALVES, Vanessa C. *Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRILLO, Carolina; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. "A 'dura' e o 'desenrolo': efeitos práticos da Nova Lei de Drogas no Rio de Janeiro". *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, p. 135-148, 2011.

HARCOURT, Bernard. The shaping of chance: actuarial models and criminal profiling at the turn of the twenty-first century. *University of Chicago Law Review*, v. 70, n. 1, p. 105-128, 2003.

HARRIS, David A. The stories, the statistics, and the law: why "driving while black" matters. *Minnesota Law Review*, v. 84, p. 265-326, 1999.

HIRATA, Daniel V.; GRILLO, Carolina C. Sintonia e amizade entre patrões e donos de morro: perspectivas comparativas entre o comércio varejista de drogas em São Paulo e no Rio de Janeiro. *Tempo Social*, v. 29, n. 2, p. 75-98, 2017.

HURWITZ, Jon; PEFFLEY, Mark. Public perceptions of race and crime: the role of racial stereotype. *American Journal of Political Science*, v. 41, n. 2, p. 375-401, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010*: aglomerados subnormais. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

INSTITUTO CIDADE SEGURA. *Primeira pesquisa de vitimização de Porto Alegre*. Porto Alegre: Instituto Cidade Segura, 2018.

JESUS, Maria Gorete Marques. Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 35, n. 102, e3510210, 2020.

JUNQUEIRA, Eliane. B.; RODRIGUES, José Augusto S. A volta do parafuso: cidadania e violência. *In:* SANTOS JÚNIOR, Belisário (org.). *Direitos humanos*: um debate necessário. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 120-140.

KLAHM, Charles; TILLYER, Rob. Understanding police use of force: a review of the evidence. *Southwest Journal of Criminal Justice*, v. 7, n. 2, p. 214-239, 2010.

KONZEN, Lucas P. Tourist representations and public space regulation. *International Journal for the Semiotics of Law*, v. 27, n. 1, p. 135-160, 2014.

KONZEN, Lucas P. *Norms and space*: understanding public space regulation in the tourist city. Lund: Lund University/Media-Tryck, 2013a.

KONZEN, Lucas P. Spatializing social and legal norms: street vending regulation in Acapulco, Mexico. *In:* BAIER, Matthias (ed.). *Social and legal norms*: towards a socio-legal understanding of normativity. Farnham: Ashgate, 2013b. p. 141-156.

KRAMER, Rory; REMSTER, Brianna. Stop, frisk, and assault? Racial disparities in police use of force during investigatory stops. *Law & Society Review*, v. 52, n. 4, p. 960-993, 2018.

LAGES, Lívia Bastos; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais? *Revista Direito GV*, v. 15, n. 13, e1933, 2019.

LEEDS, Elizabeth. Cocaína e poderes paralelos na periferia urbana brasileira: ameaças à democratização a nível local. *In:* ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos (orgs.). *Um século de favela*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 233-276.

LEFEBVRE, Henri. *La production de l'espace*. 4. ed. Paris: Anthropos, 2000 [1974].

LIMA, Roberto Kant de. Entre as leis e as normas: éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 6, n. 4, p. 549-580, 2013.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.

LIMA, Roberto Kant de; MISSE, Michel; MIRANDA, Ana Paula. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Socia*is, v. 50, n. 2, p. 45-123, 2000.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO DA SILVA, Luiz Antonio. "Violência urbana", segurança pública e favelas: o caso do Rio de Janeiro atual. *Caderno CRH*, v. 23, n. 59, p. 283-300, 2010.

MAGALHÃES, Alex F. O direito das favelas no contexto das políticas de regularização: a complexa convivência entre legalidade, norma comunitária e arbítrio. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, v. 11, n. 1, p. 89-103, 2009.

MANNING, Peter K. The police: mandate, strategies and appearances. *In:* MANNING, Peter K.; VAN MAANEN, John. *Policing:* a view from the street. Santa Monica: Goodyear Publishing, 1978. p. 7-31.

MEARES, Tracey. The law and social science of stop and frisk. *Annual Review of Law and Social Sciences*, n. 10, p. 335-352, 2014.

MISSE, Michel. Rio como bazar: a conversão da ilegalidade em mercadoria política. *Insight Inteligência*, v. 3, n. 5, p. 12-16, 2002.

MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JR., Domício. Muita politicagem, pouca política os problemas da polícia são. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, p. 159-172, 2007.

MUNIZ, Jacqueline; SILVA, Washington. Mandato policial na prática: tomando decisões nas ruas de João Pessoa. *Caderno CRH*, v. 23, n. 60, p. 449-473, 2010.

NUCCI, Guilherme. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OBSERVATÓRIO DA CIDADE DE PORTO ALEGRE (OBSERVAPOA). *Porto Alegre em análise*: homicídios. Porto Alegre: PMPA, 2018. Disponível em: http://portoalegreemanalise.procempa.com.br. Acesso em: 15 out. 2021.

OLIVEIRA, Eugenio P. de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PALERMO, Luis Claudio. A cobertura da mídia impressa e o enquadramento das favelas cariocas na linguagem da violência urbana. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 18, n. 1, p. 212-236, 2018.

PARKER, Alexandra. The spatial stereotype: the representation and reception of urban films in Johannesburg. *Urban Studies*, v. 55, n. 9, p. 2057-2072, 2018.

PESSOA, Mariana Lisboa. O cenário da habitação informal e da regularização fundiária em Porto Alegre-RS. *Indicadores Econômicos FEE*, v. 42, n. 3, p. 109-120, 2015.

PINC, Tânia. Por que o policial aborda? Um estudo empírico sobre a fundada suspeita. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 16, n. 3, p. 34-59, 2014.

PINC, Tânia. Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 1, n. 2, p. 6-23, 2007.

PONCIONI, Paula. Identidade profissional policial. *In:* LIMA, Renato Sérgio de; AZEVEDO, Rodrigo G.; RATTON, José Luiz (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 503-510.

RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito*: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

REIS, Dyane. A marca de Caim: as características que identificam o "suspeito", segundo relatos de policiais militares. *Caderno CRH*, v. 15, n. 36, p. 181-196, 2002.

RIBEIRO, Ludmila; ROCHA, Rafael; COUTO, Vinícius. Nas malhas da justiça: uma análise dos dados oficiais de indiciados por drogas em Belo Horizonte (2008-2015). *Opinião Pública*, v. 23, n. 2, p. 397-428, 2017.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares*: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANTOS, Boaventura. S. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. *In:* SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim (orgs.). *Sociologia e direito*: textos básicos de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1980. p. 109-117.

SANTOS, Boaventura S. The law of the opressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law & Society Review*, v. 12, n. 1, p. 5-126, 1977.

SILVA, Jacqueline. Regularização fundiária, exercitando um novo paradigma: um conflito também ideológico – apresentação de casos. *Planejamento e Políticas Pública*, n. 34, p. 241-257, 2010.

SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio de. Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime. *Contemporânea: Revista de Sociologia da UFSCar*, v. 5, n. 1, p. 119-141, 2015.

SMITH, Douglas. The neighborhood context of police behavior. *In:* REISS, Albert; TONRY, Michael (eds.). *Communities and crime*. Chicago: University of Chicago Press, 1986. p. 313-341.

SOUZA, Jessé. Em defesa da sociologia: o economicismo e a invisibilidade das classes sociais. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 1, n. 1, p. 129-158, 2013.

SOUZA, Marcelo L. *Fobópole*: o medo generalizado e a militarização da questão urbana. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

SOUZA, Marcelo L. As drogas e a "questão urbana" no Brasil: a dinâmica sócio-espacial nas cidades brasileiras sob a influência do tráfico de tóxicos. *In:* CASTRO, Iná *et al.* (orgs.). *Questões atuais da reorganização do território*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996. p. 419-468.

STAEHELI, Lynn; MITCHELL, Don. *The people's property?* Power, politics, and the public. New York: Routledge, 2008.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology:* for a social theory of deviance. London: Routledge; Kegan Paul, 1973.

TELLES, Vera da S.; HIRATA, Daniel V. Ilegalismos e jogos de poder em São Paulo. *Tempo Social*, v. 22, n. 2, p. 39-59, 2010.

TERRIL, Willima; REISIG, Michael. Neighborhood context and police use of force. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, v. 40, n. 3, p. 291-321, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo Penal*. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALLADARES, Lícia P. *A invenção da favela*: do mito de origem a favela.com. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

VALVERDE, Mariana. *Everyday law on the street:* city governance in an age of diversity. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

WACQUANT, Loïc. The militarization of urban marginality: lessons from the Brazilian metropolis. *International Political Sociology*, v. 2, n. 1, p. 56-74, 2008.

WACQUANT, Loïc. *Punir les auvres*: le nouveau gouvernment de l'insécurité sociale. Marseille: Agone, 2004.

WACQUANT, Loïc. Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment & Society*, v. 5, n. 2, p. 197-205, 2003.

WACQUANT, Loïc. *Les prisons de la misère*. Paris: Raisons d'Agir, 1999.

WEBER, Max. *Economía y sociedad:* esbozo de sociología comprensiva. 2. ed. Tradução de José Medina Echavarría *et al.* México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1964 [1922].

YOUNG, Kathryne; BILLINGS, Katie. Legal conciousness and cultural capital. *Law & Society Review*, v. 54, n. 1, p. 33-65, 2020.

ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. *Estudos Avançado*s, v. 21, n. 61, p. 31-49, 2007.

ZALUAR, Alba. Crime, medo e política. *In:* ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos (orgs.). *Um século de favela*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 209-232.

ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos (orgs.). *Um século de favela*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

KONZEN, Lucas P.; GOLDANI, Julia M. "Lugares de tráfico": a geografia jurídica das abordagens policiais em Porto Alegre. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2134. https://doi.org/10.1590/2317-6172202134

*Lucas P. Konzen*

PROFESSOR DE SOCIOLOGIA DO DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS). DOUTOR EM DIREITO E SOCIEDADE PELA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO, ITÁLIA. MEMBRO PERMANENTE DO CORPO DOCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGDIR-UFRGS). LÍDER DO GRUPO DE PESQUISA DIREITO E SOCIEDADE (GPDS-UFRGS).

*lucaskonzen@ufrgs.br*

*Julia M. Goldani*

Doutoranda em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), com apoio de Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa e de Bolsa CAPES-PROSUP. Mestre em Sociologia do Direito pelo Oñati International Institute for the Sociology of Law, Espanha. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade (GPDS-UFRGS).

*juliamgoldani@gmail.com*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 29.04.2020
Aprovado: 19.07.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202135

# Como os desembargadores reagem a derrotas?

*HOW JUDGES REACT TO DEFEATS?*

*Mateus Morais Araújo*[1] e *Lucas Fernandes Magalhães*[2]

**Resumo**

Como os desembargadores minoritários reagem a derrotas? Os desembargadores mantêm seus entendimentos iniciais, a despeito de serem derrotados pela maioria, ou deferem em algumas ocasiões para a maioria, abrindo mão de suas decisões iniciais, com a finalidade de maximizar certos objetivos? A partir de uma base de dados original contendo uma amostra de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, observou-se que, dos 30 desembargadores analisados, 24 se afastaram do seu posicionamento inicial em pelo menos uma decisão, e que, dos 233 votos contabilizados, 86 foram deferentes. Além disso, a partir de um modelo de regressão logística, foram identificados três fatores que contribuem para o aumento da chance de o desembargador deferir para a maioria, afastando-se do seu posicionamento inicial: 1) oposições majoritárias estáveis; 2) assumir a função de vogal no julgamento (vs. relator); 3) ingressar no tribunal através de promoção na carreira (vs. Quinto Constitucional).

**Palavras-chave**

Comportamento judicial; deferência; Tribunal de Justiça; teoria atitudinal; teoria estratégica.

***Abstract***

*How do minority judges react to defeats? Do the judges maintain their initial understandings, despite being defeated by the majority or do the judges sometimes defer to the majority, giving up their initial decisions, in order to maximize certain objectives? From an original database containing a sample of judgments from the São Paulo Court of Justice and the Rio Grande do Sul Court of Justice, it was observed that of the 30 judges analyzed, 24 departed from their initial position in at least one decision and that of the 233 votes counted, 86 were deferential. In addition, based on a logistic regression model, three factors were identified that contribute to an increase in the likelihood of the judge defer to majority, moving away from his initial position: 1) stable majority oppositions; 2) assume the role of vowel in the trial (vs. rapporteur); and 3) enter the court through career promotion (vs.* Quinto Constitucional*).*

***Keywords***

*Judicial behavior; deference; Court of justice; attitudinal theory; strategic theory.*

**1** Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-9164-2591

**2** Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-1046-2458

CC BY-NC

## Introdução

O presente artigo tem como objetivo aprimorar o conhecimento disponível sobre os mecanismos de interação entre desembargadores em turmas e câmaras dos tribunais de justiça estaduais que fazem com que eles alterem seus padrões de decisão quando são derrotados. Mais especificamente, pretendemos analisar se os desembargadores deferem para as maiorias ao serem derrotados e, caso isso ocorra, identificar os principais fatores que incentivam esse tipo de comportamento.

O crescimento da importância política do Poder Judiciário a partir da segunda metade do século XX, particularmente nos regimes democráticos, fez com que a Ciência Política voltasse sua atenção para o, até então, poder "menos perigoso" (HAMILTON, MADISON E JAY, 1984; BICKEL, 1986). A relevância política do Judiciário no Brasil pode ser identificada pelas questões políticas que foram levadas ao Supremo Tribunal Federal (STF), como a questão da implementação dos sistemas de cotas nas universidades, na qual o STF manteve a legislação vigente, ou a decisão sobre o financiamento de campanhas eleitorais, na qual o STF declarou inconstitucional a doação de pessoas jurídicas (MARONA e ROCHA, 2014).

No entanto, a relevância política das decisões judiciais não se resume às decisões do STF, uma vez que decisões dos tribunais de justiça também produzem alterações nas condições da execução de políticas públicas, tais como a disponibilização de medicamentos (PAIM *et al.*, 2017) e o benefício de prestação continuada de assistência social (SILVA, 2012), por exemplo. Além disso, questões políticas influenciam até mesmo nas chances de uma pessoa ser condenada ou absolvida pela justiça (ADORNO, 1995; MAGALHÃES, 2020).

Nesse sentido, defendemos a importância de se compreender melhor os mecanismos que fazem com que decisões judiciais sejam tomadas em um determinado sentido ou em outro. Acreditamos que é preciso ir além de identificar os impactos das decisões judiciais e explicar o funcionamento dos processos decisórios de juízes, desembargadores e ministros do Judiciário.

As pesquisas de Ciência Política têm focado principalmente na atuação do STF. Tais trabalhos identificaram, por exemplo, forte predominância do posicionamento do relator do processo na determinação do sentido do julgamento (OLIVEIRA, 2012a), maior chance de vitória de partes com capacidade de retaliar o STF (ARAÚJO, 2017), a existência de "panelinhas", isto é, grupos de ministros que quase sempre votavam da mesma maneira (OLIVEIRA, 2012b), relação entre os agrupamentos de ministros que votam de forma parecida e a nomeação presidencial (DESPOSATO *et al.*, 2014), e, inclusive, associação entre o dissenso na corte e as diferenças individuais dos ministros (ALMEIDA, NUNES e CHAVES, 2019) e a ordem de votação (LOPES, 2019).

A presente pesquisa inova ao apontar elementos explicativos para o comportamento judicial no Brasil a partir dos modelos estratégicos, aplicando suas premissas para a análise de decisões judiciais dos tribunais de segunda instância. Essa proposta é particularmente interessante se levarmos em conta que os magistrados dos tribunais de justiça, além de sofrerem os constrangimentos inerentes a um órgão colegiado, também podem ser afetados de

forma mais intensa por suas decisões por se situarem no meio, e não no topo, da hierarquia judicial.

Nesse sentido, para alcançar seu objetivo, o presente artigo visa explorar os padrões decisórios dos desembargadores nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, analisando especialmente a forma como os magistrados reagem a derrotas em julgamentos coletivos com questões jurídicas repetitivas, deferindo ou não para o posicionamento majoritário dos órgãos colegiados a que pertencem.

O artigo está dividido em quatro partes, além desta introdução e da conclusão. Na primeira parte explicaremos o marco teórico do qual partimos, a descrição do contexto institucional que será analisado e as hipóteses principais da pesquisa. Na segunda parte apresentaremos a metodologia adotada e na terceira os resultados encontrados. Finalmente, na quarta parte discutiremos os principais resultados alcançados.

## 1. Deferência em órgãos colegiados

### 1.1. Teorias do comportamento judicial

Para descrever a forma como os desembargadores reagem a derrotas vamos adotar o conceito de deferência. Por deferência entende-se a ação de alterar o voto em uma questão jurídica específica, de modo a alinhá-lo ao posicionamento majoritário do grupo a que se pertence. Nesse sentido, será deferente o desembargador que apresentar algum voto contrário ao seu entendimento inicial minoritário e de acordo com o posicionamento majoritário. Por outro lado, será não deferente o desembargador que sustentar seu entendimento inicial, a despeito da existência de uma maioria com um posicionamento contrário ao seu.

Entretanto, além da simples descrição dos comportamentos, é importante explicar suas causas, isto é, as razões por que alguns optam pela deferência e outros não. Para isso, pretendemos identificar as variáveis causais subjacentes às decisões judiciais, as quais remetem aos modelos de comportamento judicial, atitudinal e estratégico (HORTA, 2016).

Na literatura existem duas versões do modelo atitudinal. A versão inicial, elaborada por Schubert (1965 e 1974) é baseada nos trabalhos de psicologia matemática de Clyde Coombs. Sua proposição básica consiste na ideia de que a decisão judicial corresponderia a um modelo psicológico do tipo estímulo-resposta. Nesse sentido, os juízes são atores que possuem preferências políticas prévias ao julgamento, as quais são ativadas pelos estímulos trazidos pelos casos em julgamento, determinando a resposta ou decisão dada pelo juiz (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005). Essa teoria é chamada de atitudinal pois é a atitude preexistente do juiz que irá determinar o resultado dos julgamentos, e segundo ela, o contexto institucional, a possibilidade de ter seu posicionamento derrotado e mesmo o risco de sofrer retaliações por suas decisões não afetaria o comportamento do juiz, que sempre iria, a cada julgamento, manifestar sua preferência sincera.

A versão moderna da teoria atitudinal utilizada para explicar as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos – SCOTUS, encontrada especialmente em Segal e Cover (1989) e Segal e Spaeth (2002), apresenta uma descrição diferente do comportamento judicial, baseada em elementos da teoria da escolha racional, segundo a qual as decisões dos juízes seriam produzidas de forma "orientada para objetivos". De acordo com essa versão da teoria atitudinal, as decisões dos *Justices* são uma função das suas preferências políticas prévias e dos demais constrangimentos que, em tese, podem recair sobre sua atuação. Contudo, como na prática há poucos ou quase nenhum constrangimento sobre a atuação dos *Justices,* segundo os proponentes dessa teoria, não existem incentivos relevantes para que eles desviem de suas preferências sinceras. Essa questão não é trivial. O objetivo desses pesquisadores era explicar as decisões da SCOTUS, que apresenta um contexto institucional bastante peculiar, tanto em relação à atuação dos demais juízes em outras instâncias naquele país quanto no que diz respeito à comparação com outros países.

É por esse motivo, por exemplo, que Ribeiro e Arguelhes (2013) entendem que a teoria atitudinal não deve ser capaz de explicar o comportamento dos ministros do STF brasileiro, sujeitos a outros constrangimentos institucionais que podem fazer com que os juízes desviem de suas preferências sinceras em busca de resultados possíveis, isto é, opções do tipo "second best" com uma frequência mais alta.

Apesar disso, pesquisas recentes têm feito descobertas interessantes sobre o comportamento dos ministros do STF a partir de ideias da teoria atitudinal (ARAÚJO, 2018; MARIANO SILVA, 2016 e 2018) que, se não configuram um modelo capaz de explicar adequadamente o comportamento decisório no tribunal, são o que mais se aproxima disso atualmente (MARTINS, 2018). No entanto, as razões pelas quais alguns autores apontaram que a teoria atitudinal não seria adequada para explicar o comportamento decisório do STF se fazem mais fortemente presentes nos tribunais de justiça, uma vez que os desembargadores estão ainda mais sujeitos a constrangimentos derivados do contexto institucional em que se inserem.

Por fim, foram desenvolvidas teorias para explicar o comportamento judicial em ambientes nos quais os juízes estão sujeitos a constrangimentos, as denominadas teorias estratégicas. Situadas no contexto mais amplo da revolução neoinstitucionalista, alguns teóricos passaram a analisar as decisões judiciais a partir de outros elementos, externos aos juízes, tais como objetivos, antecipação e contexto institucional. Segundo essas perspectivas, "as instituições provêm a estrutura por meio da qual as decisões são feitas e, portanto, afetam o rol de escolhas que podem ser feitas" (MALTZMAN, SPRIGGS II e WAHLBECK, 2000, p. 13).[1]

1 Tradução livre de: "Institutions, in other words, provide the structure within which decision making occurs and thereby affect the choices that can be made" (MALTZMAN, SPRIGGS II e WAHLBECK, 2000, p. 13).

Objetivos são o elemento compartilhado entre a teoria atitudinal moderna e as teorias estratégicas. Os juízes aqui não são cães pavlovianos que apenas reagem a estímulos; eles são atores racionais que possuem objetivos e buscam maximizá-los por meio de suas decisões. Entretanto, esse elemento abre portas para uma divisão no campo do comportamento estratégico, também em duas vertentes.

Para a primeira vertente do comportamento estratégico, os objetivos dos juízes são unicamente suas preferências políticas, que eles buscam maximizar antecipando as ações de outros atores envolvidos no processo decisório, sejam eles os demais membros do mesmo órgão colegiado, juízes de instâncias superiores, ou, por fim, agentes políticos de outros poderes. Nesse sentido, decisões judiciais seriam decisões "*second best*", isto é, decisões que, apesar de não representarem um espelho das preferências sinceras do juiz que está decidindo, representam a maximização possível dessas preferências políticas em um dado contexto institucional.

Por outro lado, alguns acadêmicos defendem que os juízes possuem objetivos como os de qualquer pessoa (POSNER, 1993; BAUM, 1997), tais como receber melhores salários, serem promovidos em suas carreiras, obterem melhores status sociais, horas de lazer, etc. Dessa forma, a diferença fundamental aqui é que os juízes vão abrir mão de suas preferências sinceras, não apenas quando isso maximizar suas preferências políticas, mas também para evitar conflitos no ambiente de trabalho, para reduzir suas respectivas cargas de trabalho, ou mesmo para passar determinada imagem para a audiência, que pode se restringir a uma parcela da sociedade – por exemplo, os professores de direito, os advogados e outros juízes da cidade – , ou mesmo ao país inteiro, destacando-se como castigadores de "bandidos" ou de políticos corruptos (EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2013).

Além dos objetivos, outros dois elementos são importantes para a explicação do comportamento judicial proposta pelas teorias estratégicas: as antecipações e os contextos institucionais, que precisam ser melhor examinados antes de partirmos para nossas hipóteses.

Antecipação, *forward-thinking* (EPSTEIN e KNIGHT, 1997), ou *forward-looking* (CLARK, 2010), significa que, quando o resultado de uma ação (como um julgamento em um órgão colegiado, por exemplo) depende das ações de outros atores que vão agir posteriormente, o primeiro jogador poderá ter uma expectativa acerca de quais serão essas reações, antecipando suas escolhas e modificando sua ação para garantir a maximização de seus objetivos na medida do possível ou, em outras palavras, manifestando uma preferência "*second best*". Imagine, por exemplo, que, em um julgamento qualquer, existam duas questões a serem decididas – suponhamos, a condenação ou absolvição do réu e a duração da pena. O primeiro juiz gostaria de absolver o réu, mas sabe que seus dois colegas de turma não irão absolvê-lo e gostariam de uma pena de longa duração. Nesse caso, o primeiro juiz pode votar pela condenação a uma pena mais branda, com o objetivo de fazer com que seus colegas de turma aceitem também essa pena mais branda.

O terceiro elemento é o contexto institucional. Ele consiste nas regras, formais ou informais, que irão delimitar as escolhas dos atores envolvidos. O contexto institucional irá dizer

quem são os atores que podem agir no processo, quais são as ações que eles podem tomar e qual a consequência delas. Esse elemento é de suma importância, pois limita as ações, permite que as antecipações sejam realizadas e oferece incentivos para que os atores se comportem de uma determinada forma.

De maneira mais direta, a influência das instituições no comportamento dos magistrados pode se dar a partir de dois tipos de mecanismos. O primeiro mecanismo consiste em restrições que, em geral, resultam em possíveis vetos de outros atores, membros do mesmo colegiado ou de instâncias superiores na estrutura da magistratura. O segundo se trata de possibilidades de retaliação, quando outros atores possuem prerrogativas de punir os magistrados com base em suas decisões, por exemplo, retardando seu progresso na carreira.

Em suma, há duas características fundamentais que diferenciam as teorias racionais do comportamento judicial. A existência de um ou de múltiplos objetivos e a presença ou ausência de restrições para a manifestação de preferências sinceras. O Quadro 1 relaciona essas características com as diversas teorias.

QUADRO 1 – **VERTENTES DE TEORIAS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL ORIENTADAS PARA OBJETIVOS**

| TEORIA | OBJETIVOS | RESTRIÇÕES | DECISÃO PREDITA |
|---|---|---|---|
| ATITUDINAL MODERNA | PREFERÊNCIAS POLÍTICAS | NÃO | DECISÃO SINCERA |
| ESTRATÉGICA (1ª VERTENTE) | PREFERÊNCIAS POLÍTICAS | SIM | "*SECOND BEST*" |
| ESTRATÉGICA DE MÚLTIPLOS OBJETIVOS | PREFERÊNCIAS POLÍTICAS, LAZER, MELHORES SALÁRIOS, *STATUS* PROFISSIONAL, ETC. | SIM | DECISÃO QUE ACOMODA OS DIVERSOS OBJETIVOS |

Fonte: Elaboração dos autores.

## 1.2. Decisões em tribunais de 2ª instância

Para que possamos elaborar nossas hipóteses sobre o comportamento dos desembargadores dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul, é fundamental que seja introduzido o contexto institucional no qual tais profissionais decidem nesses tribunais. Nesta seção, apresentamos uma breve descrição da mecânica geral das decisões colegiadas na 2ª instância, das funções exercidas por um desembargador e da abertura de divergência.

Os tribunais de 2ª instância têm uma série de órgãos responsáveis por proferir decisões colegiadas,[2] entre eles as câmaras e as turmas. Os desembargadores são distribuídos em câmaras cíveis e criminais compostas por cinco desembargadores, as quais, por sua vez, se subdividem em turmas de três.[3] Em regra, os julgamentos são realizados pelas turmas, mas em alguns casos as decisões são proferidas pela câmara "cheia", isto é, pelos cinco desembargadores, como no caso dos Embargos Infringentes e de Nulidade do processo penal ou na hipótese de julgamento continuado do processo cível.[4] Caso a Câmara não possua, no momento, cinco desembargadores, são convocados julgadores de outras Câmaras.

Em relação às funções exercidas pelo julgador em um órgão colegiado, o desembargador pode assumir três papéis: relator do processo, revisor[5] e vogal. O relator é o responsável pelo andamento do feito, pela confecção do "relatório" (resumo dos fatos e desenvolvimento do processo) e, finalmente, pela apresentação do primeiro voto. O revisor e os vogais, *grosso modo*, apenas complementam o julgamento, podendo manifestar o seu voto pela frase "de acordo com o relator"[6] ou apresentar uma divergência. No entanto, se os revisores e vogais optarem pela divergência, eles são obrigados a redigir um voto contendo, no mínimo, a fundamentação jurídica. Essa obrigatoriedade vale para todos os processos cíveis e para os recursos criminais que derem ensejo aos embargos infringentes.[7]

O fluxo do processo na 2ª instância se dá, portanto, da seguinte forma: um recurso é apresentado em relação ao resultado de uma decisão da 1ª instância do mesmo tribunal. Esse recurso então é distribuído, por sorteio ou prevenção para uma turma ou câmara, na qual será atribuído a um desembargador o papel de relator. Após o relatório e o voto do relator, seguem-se os votos do revisor e do vogal, ou dos vogais, concordando ou divergindo em relação ao voto do relator. O fluxograma constante da Figura 1 ilustra esse procedimento.

2 Art. 2º do Regimento Interno do TJSP – RITJSP e art. 4º do Regimento Interno do TJRS – RITJRS.

3 Arts. 41 e 247 do RITJSP e arts. 18 e 27 do RITJRS.

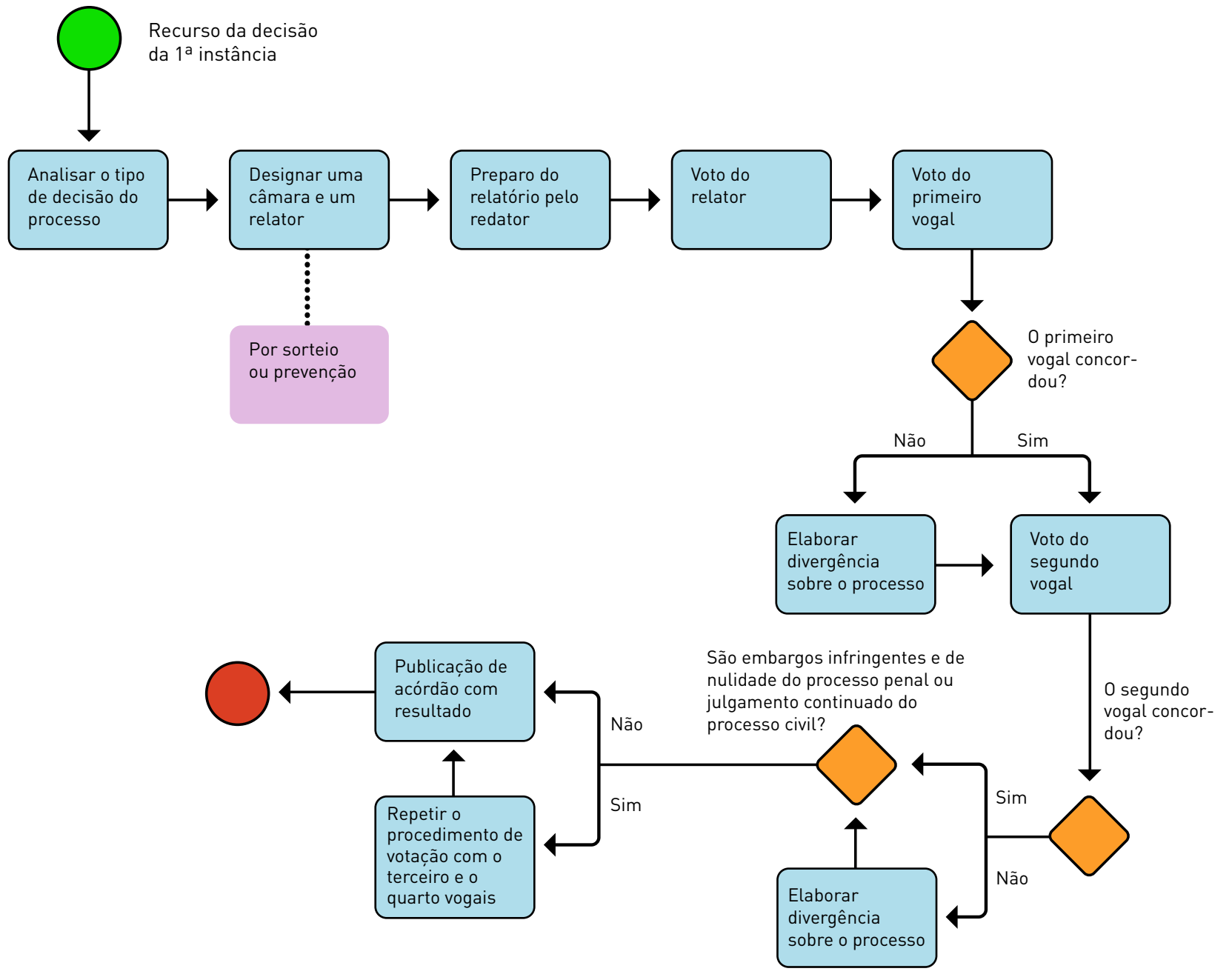
4 Art. 41 do RITJSP e art. 233 do RITJRS.

5 A figura do revisor foi extinta pela Lei n. 13.105/2015 – Código de Processo Civil, sendo, portanto, aplicável apenas ao processo penal.

6 Para as finalidades deste artigo, iremos tratar a função de revisor como sendo idêntica à do vogal; portanto, doravante, iremos nos referir aos revisores como vogais.

7 Art. 156, §1º do RITJSP. Não foi encontrada uma regulamentação similar no RITJRS.

FIGURA 1 – **FLUXOGRAMA DO PROCESSO NA 2ª INSTÂNCIA**




Fonte: Elaboração dos autores.

## 1.3. HIPÓTESES

Apresentada a teoria e o contexto institucional em que os desembargadores se inserem, já podemos desenvolver as hipóteses que serão testadas. Lembramos que o objetivo do trabalho é identificar os fatores que levam um desembargador minoritário a deferir para a maioria após uma derrota.

Nesse sentido, aplicamos três hipóteses que são corolários da teoria do comportamento estratégico de múltiplos objetivos no contexto institucional dos tribunais de justiça estaduais no Brasil. Isto é, espera-se que, tudo o mais mantido constante, a chance de os desembargadores

derrotados deferirem para a maioria será maior: 1) quando forem derrotados constantemente, isto é, quando a oposição majoritária ao seu entendimento for estável; 2) quanto mais elevada for a sua carga de trabalho; 3) quando assumirem a função de vogal no julgamento.[8]

A primeira hipótese se fundamenta na noção intuitiva de que desembargadores buscam manter um clima de colegialidade em sua câmara e também se preocupam com a autoestima (são avessos a derrotas). Sem dúvida, enfrentar uma maioria estável constantemente prejudica ambos os objetivos.

Em relação à segunda hipótese, quanto maior for a carga de trabalho de um desembargador, menos tempo ele terá para suas demais atividades e, sobretudo, para seu lazer. É razoável, portanto, supor que os desembargadores evitem perder parte do seu tempo escasso escrevendo votos dissidentes que serão eventualmente derrotados. Em outras palavras, juízes tendem a decidir de forma estratégica, evitando conflitos nos quais poderiam sair perdedores, especialmente se isso implicar aumento de uma carga de trabalho já elevada (POSNER, 1993; SUNSTEIN *et al.*, 2006; EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2013).

O elemento-chave para compreender a terceira hipótese é que, enquanto a decisão do primeiro desembargador, que ocupa o papel de Relator, consiste em reformar ou reafirmar a decisão da primeira instância, a decisão dos desembargadores subsequentes, que ocupam os papéis de revisor ou vogal, consiste em concordar ou discordar do primeiro desembargador, sendo que toda divergência implica o custo extra de ter de fundamentar a decisão divergente. Para ficar mais claro, o trabalho do juiz que concorda pode ser resumido em clicar em uma caixa do processo virtual para decidir "De acordo com o Relator", enquanto o trabalho do juiz que discorda consiste na elaboração ou, no mínimo, no reaproveitamento de um texto no qual ele justifica porque discordou. Nesse caso, ele arca com dois custos potenciais: o de ter o trabalho aumentado e o de discordar do colega de trabalho.

É por esse motivo que, a partir do contexto institucional e da teoria do comportamento estratégico de múltiplos objetivos, a nossa hipótese é que os desembargadores que foram derrotados sobre determinado assunto em um processo tendem a se conformar ao grupo, especialmente se estiverem na função de vogal, pois o custo de divergir nessa posição é relativamente maior do que na posição de relator, já que teriam de elaborar uma fundamentação para a divergência.

## 2. Metodologia

Como os objetivos do trabalho são explicar como os desembargadores reagem diante de uma derrota, deferindo ou não para o posicionamento majoritário, e identificar os fatores que

8 Uma quarta hipótese poderia ser adicionada, qual seja: quanto menor a intensidade de preferências do desembargador pelo seu entendimento inicial, maior a chance de ele deferir para a maioria. No entanto, não temos dados que nos permitam mensurar a intensidade de preferências.

contribuem para um ou outro tipo de comportamento, a variável dependente será o voto do desembargador derrotado nos julgamentos subsequentes: 1 – voto não deferente e 0 – voto deferente. As definições de voto não deferente e deferente são apresentadas mais adiante. Como variáveis independentes, utilizamos o grau de estabilidade da oposição que se opõem ao desembargador analisado (doravante, estabilidade da oposição), a carga de trabalho e a função exercida pelo desembargador analisado no julgamento (relator ou vogal).

Além disso, foram inseridas no modelo algumas variáveis de controle, como o tempo de carreira do julgador como desembargador, a forma de ingresso do desembargador (doravante, origem) e a matéria que estava sendo julgada – cível ou criminal. Não foi incluído o sexo do desembargador, pois todos os magistrados da amostra eram do sexo masculino.

Para alcançar tal objetivo, adotamos um caminho composto pelos seguintes passos, os quais serão melhor explicitados a seguir: i) Recorte Institucional; ii) Recorte temporal; iii) Sorteio da amostra; iv) Produção dos dados v) Medição das variáveis.

Os desembargadores analisados nesta pesquisa pertencem ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) ou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Tentamos replicar a análise em outros tribunais, mas deparamo-nos com algumas dificuldades – os tribunais de pequeno ou médio porte possuem poucas decisões reiteradas sobre um mesmo assunto jurídico, o que inviabiliza a análise do comportamento do desembargador em questões repetidas ao longo do tempo; por outro lado, alguns tribunais de grande porte não apresentavam o nome dos desembargadores que participavam do julgamento, enquanto outros não disponibilizavam o conteúdo do voto divergente, fatos que inviabilizavam a pesquisa nesses tribunais. Assim, apenas o TJSP e o TJRS atenderam aos requisitos metodológicos do presente trabalho.

Escolhidos os dois tribunais, selecionamos aleatoriamente uma amostra de trinta desembargadores que, no ano de 2016, foram vencidos em um determinado julgamento quando assumiam a função de relator.

O sorteio procedeu-se da seguinte maneira: 1) Sorteio de um mês do ano de 2016; 2) Condução de uma pesquisa nos sistemas de jurisprudência do TJSP e TJRS[9] por meio da *query* "vencido o relator" e filtrando a data pelo mês sorteado; 3) Novo sorteio de um número entre 1 até o total de processos retornados com a pesquisa; 4) Se no processo sorteado o relator não havia sido derrotado, a derrota se restringia a uma questão probatória ou o relator derrotado já havia sido incluído na amostra, realizava-se um novo sorteio para o mesmo mês.

9 Os sistemas de pesquisa de jurisprudência do TJSP e TJRS podem ser acessados nos *links*: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do e http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario.#main_res_juris.

Após a amostragem, os processos sorteados foram identificados como aqueles que continham o "voto de referência" do desembargador que havia sido derrotado na função de relator.[10] Esse "voto de referência" foi considerado o entendimento ou posição inicial do desembargador. Nas teorias apresentadas no primeiro tópico, o entendimento ou posição inicial do desembargador seria equivalente a sua decisão sincera. Contudo, como esse posicionamento inicial do desembargador derrotado na posição de relator pode já ser fruto de algum constrangimento prévio, optamos por evitar o termo "decisão sincera".

Feito isso, novas pesquisas jurisprudenciais foram realizadas para cada um dos desembargadores selecionados, com o objetivo de mapear como eles reagiram após a derrota em questões jurídicas similares. Para realizar essas novas pesquisas jurisprudenciais foram utilizadas algumas expressões relacionadas à questão jurídica debatida, seguidas do nome do desembargador analisado, por exemplo: "princípio da insignificância" E "furto" E "reincidência" E "Nome_do_desembargador".[11] Além disso, foi feita uma leitura dos acórdãos para garantir que as decisões retornadas pela pesquisa de jurisprudência tratassem, de fato, da mesma questão jurídica debatida no voto derrotado.

Foram coletados de quatro a dez votos proferidos por cada um dos desembargadores após as suas respectivas derrotas, sempre observando que metade dos votos deveriam ser proferidos pelo desembargador na função de relator e a outra metade na função de vogal.

Em relação à medição das variáveis, a dependente foi medida de forma binária: deferente ou não deferente. Considerou-se um voto deferente aquele que diferia do voto de referência, ou seja, o posicionamento inicial do desembargador. De forma inversa, foi considerado não deferente o voto do desembargador que mantinha o entendimento balizado pelo voto de referência.

A estabilidade da oposição foi calculada dividindo-se o número de vezes em que a maioria da turma se posicionava contra o voto de referência do desembargador analisado pelo total de julgamentos:

$$est.da oposição = \frac{votos maj. contra o voto de referência}{votos maj. contra o voto de referência + votos maj. a favor do voto de referência}$$

10 Desembargadores mais estratégicos e com fortes preferências em relação a um determinado assunto podem modular suas decisões, acomodando sugestões de seus pares, com a finalidade de evitar uma derrota em sua turma. Tais casos, naturalmente, não entram na amostra.

11 A utilização do conectivo "E" permite recuperar todos os acórdãos que contenham obrigatoriamente todas as expressões.

Nesse sentido, quanto mais próximo de 1 for o valor, maior terá sido a estabilidade da maioria em se opor ao posicionamento do voto de referência do desembargador analisado e vice-versa, como ilustra a Tabela 1.

TABELA 1 – **EXEMPLO DE MEDIÇÃO DA VARIÁVEL "ESTABILIDADE DA OPOSIÇÃO"**

| | **DESEMBARGADOR MINORITÁRIO 1** | | **MAIORIA 1** | | **DESEMBARGADOR MINORITÁRIO 2** | | **MAIORIA 2** | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| POSICIONAMENTO | 1 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 |
| VOTO DE REFERÊNCIA | X | | | X | X | | | X |
| VOTO 1 | | | X | | | | X | |
| VOTO 2 | | | | X | | | X | |
| VOTO 3 | | | | X | | | X | |
| VOTO 4 | | | | X | | | | X |
| VOTO 5 | | | | X | | | X | |
| VOTO 6 | | | | X | | | | X |
| VOTO 7 | | | X | | X | | | |
| VOTO 8 | X | | | | | | X | |
| ESTABILIDADE DA OPOSIÇÃO | | | 0,75 | | | | 0,375 | |

Fonte: Elaboração dos autores.

Quanto à carga de trabalho, os valores foram obtidos através do Portal de Transparência dos tribunais. Foi considerada como carga de trabalho dos desembargadores a média anual do total de decisões com julgamento de mérito, decisões sem julgamento de mérito e dos acordos homologados no período de 2016 a 2018.

Em relação à origem dos desembargadores, cada um deles foi classificado como "Carreira", "Quinto Constitucional" ou "Juiz Substituto", a depender do modo como ingressou no tribunal. Há duas formas de se ingressar como desembargador em um tribunal de justiça no Brasil: a maioria das vagas, 80%, é reservada para juízes de primeira instância do próprio tribunal, que ascendem à segunda instância alternadamente por antiguidade ou mérito. As demais vagas, que ficaram conhecidas como o "quinto constitucional", derivam de uma disposição da Constituição da República que diz que os outros 20% das vagas devem

ser ocupadas por advogados, indicados pela OAB, ou membros do Ministério Público, indicados pelo Ministério Público do Estado, ambos em listas sêxtuplas, cabendo aos respectivos governadores escolher um dos seis indicados. Além desses dois casos, tem-se ainda a possibilidade de o "desembargador" ser, na verdade, um juiz de entrância final que está substituindo um desembargador no Tribunal, tal como definido pelo Art. 70 do RITJSP.

Finalmente, o tempo de carreira foi calculado subtraindo-se a data 1/1/2016 pela data de ingresso do desembargador no Tribunal. Foi atribuído o tempo de carreira igual a 0 para os juízes substitutos.

## 3. Resultados

Ao todo, foram analisados trinta desembargadores e 263 votos proferidos no período de 2016 a 2018.[12] As questões jurídicas controversas, em relação às quais o desembargador analisado foi derrotado, variaram bastante, indo da possibilidade de concessão da substância fosfoetanolamina sintética ao cabimento da qualificadora do crime de feminicídio, como ilustra o Quadro 2.

QUADRO 2 – **RECORTE DAS QUESTÕES JURÍDICAS ANALISADAS**

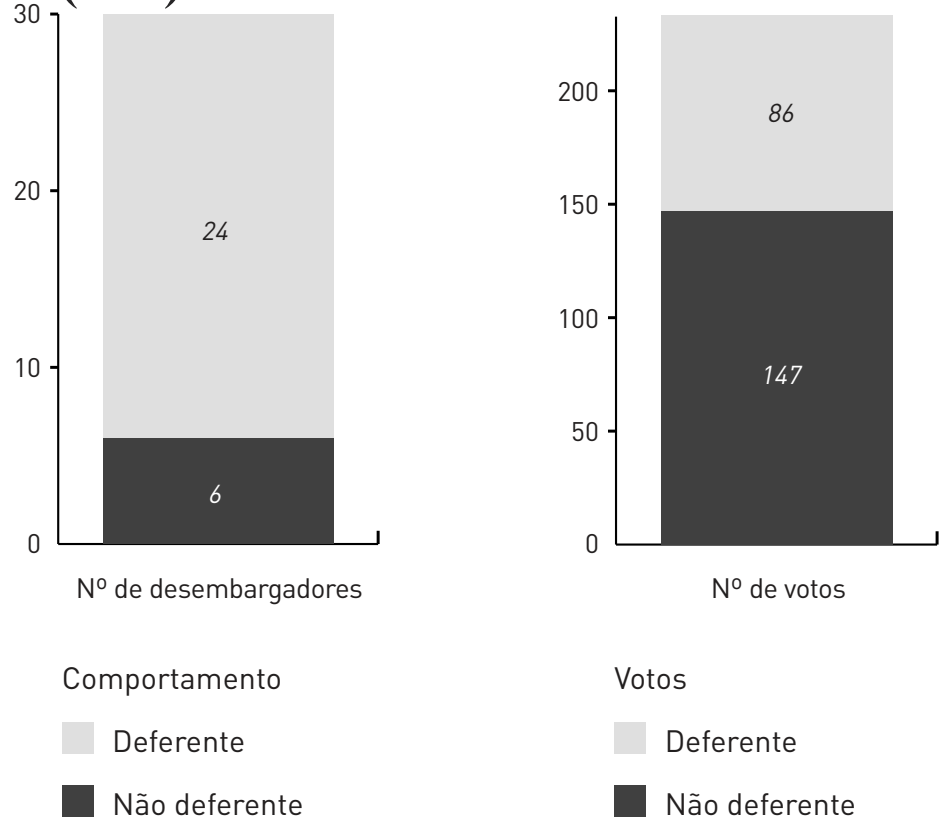
| QUESTÃO JURÍDICA CONTROVERSA | VOTO DESEMBARGADOR | VOTO MAIORIA |
|---|---|---|
| É POSSÍVEL CONCEDER FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA? | SIM | NÃO |
| TAXA DE INCÊNDIO OU DE SINISTRO/BOMBEIROS IMPLEMENTADA POR MUNICÍPIO É INCONSTITUCIONAL? | SIM | NÃO |
| A MERA DECLARAÇÃO DE POBREZA É SUFICIENTE PARA REQUERER A JUSTIÇA GRATUITA? | SIM | NÃO |
| É POSSÍVEL DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA SE O RÉU, CASO SEJA CONDENADO, FOR CUMPRIR A PENA EM UM REGIME PRISIONAL MENOS RIGOROSO? | NÃO | SIM |
| APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA RÉUS REINCIDENTES | NÃO | SIM |
| COBRANÇA EXTRAJUDICIAL GERA HONORÁRIOS? | SIM | NÃO |
| APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO | NÃO | SIM |

Fonte: Elaboração dos autores.

12 Todos os votos de referência são de 2016, mas as decisões subsequentes variam no tempo.

O Gráfico 1 apresenta o total de desembargadores que apresentaram pelo menos 1 voto deferente e o número de votos deferentes em relação ao total. Dos 30 desembargadores analisados na amostra, 24 (80%) proferiram ao menos uma decisão deferente, abrindo mão de seu entendimento inicial e alinhando-se à maioria do órgão colegiado a que pertenciam. Em relação ao total de votos, das 233[13] decisões 86 (37%) foram votos deferentes.

GRÁFICO 1 – **DECISÕES (NÃO) DEFERENTES POR TOTAL DE DESEMBARGADOR E TOTAL DE VOTOS**




Fonte: Elaboração dos autores.

Como se pode observar pelo Gráfico 1, praticamente todos os desembargadores apresentaram, em pelo menos um processo, um comportamento estratégico (isto é, afastar-se de sua decisão inicial) e mais de um terço do total das decisões foram deferentes. Resta-nos, agora, identificar os fatores que influenciam os desembargadores a adotarem uma postura de deferência em relação à maioria.

Foram apresentadas três hipóteses nesta pesquisa. Espera-se que, tudo o mais mantido constante, a chance de os desembargadores derrotados deferirem para a maioria será maior:

13 Foram excluídos das análises os trinta votos de referência.

1) quando forem derrotados constantemente, isto é, quando a oposição majoritária ao seu entendimento for estável; 2) quanto mais elevadas forem as suas cargas de trabalho; 3) quando assumirem a função de vogal no julgamento. Para testá-las utilizaremos o seguinte modelo de regressão logística:

$$ln\left(\frac{p(decisão=\text{'}não deferente\text{'})}{p(decisão=\text{'}deferente\text{'})}\right) = \alpha + \beta_1(est.daoposição) + \beta_2(c.detrabalho) + \beta_3(f.nojulgamento) + \beta_4(formadeingresso) + \beta_5(tribunal) + \beta_6(matéria) + \beta_7(tempodecarreira)$$

, sendo a decisão: 1 – não deferente e 0 – deferente. As Tabelas 2 e 3 apresentam as estatísticas descritivas de cada uma das variáveis do modelo em função do número de observações na base de dados.[14]

TABELA 2 – **DESCRIÇÃO DAS VARIÁVEIS CATEGÓRICAS**

| VARIÁVEL | CATEGORIAS | FREQUÊNCIA ABSOLUTA | FREQUÊNCIA RELATIVA |
|---|---|---|---|
| FUNÇÃO NO JULGAMENTO | RELATOR | 103 | 44,21% |
| | VOGAL | 130 | 55,79% |
| TRIBUNAL | TJRS | 65 | 27,9% |
| | TJSP | 168 | 72,1% |
| MATÉRIA | CÍVEL | 178 | 76,39% |
| | PENAL | 55 | 23,61% |
| ORIGEM | CARREIRA | 127 | 54,51% |
| | JUIZ SUBSTITUTO | 34 | 14,59% |
| | QUINTO CONSTITUCIONAL | 72 | 30,9% |

Fonte: Elaboração dos autores.

14 A base de dados junto com o código em R e glossário estão disponíveis para *download* em: https://dataverse.harvard.edu/dataset.xhtml?persistentId=doi:10.7910/DVN/JGJI6I.

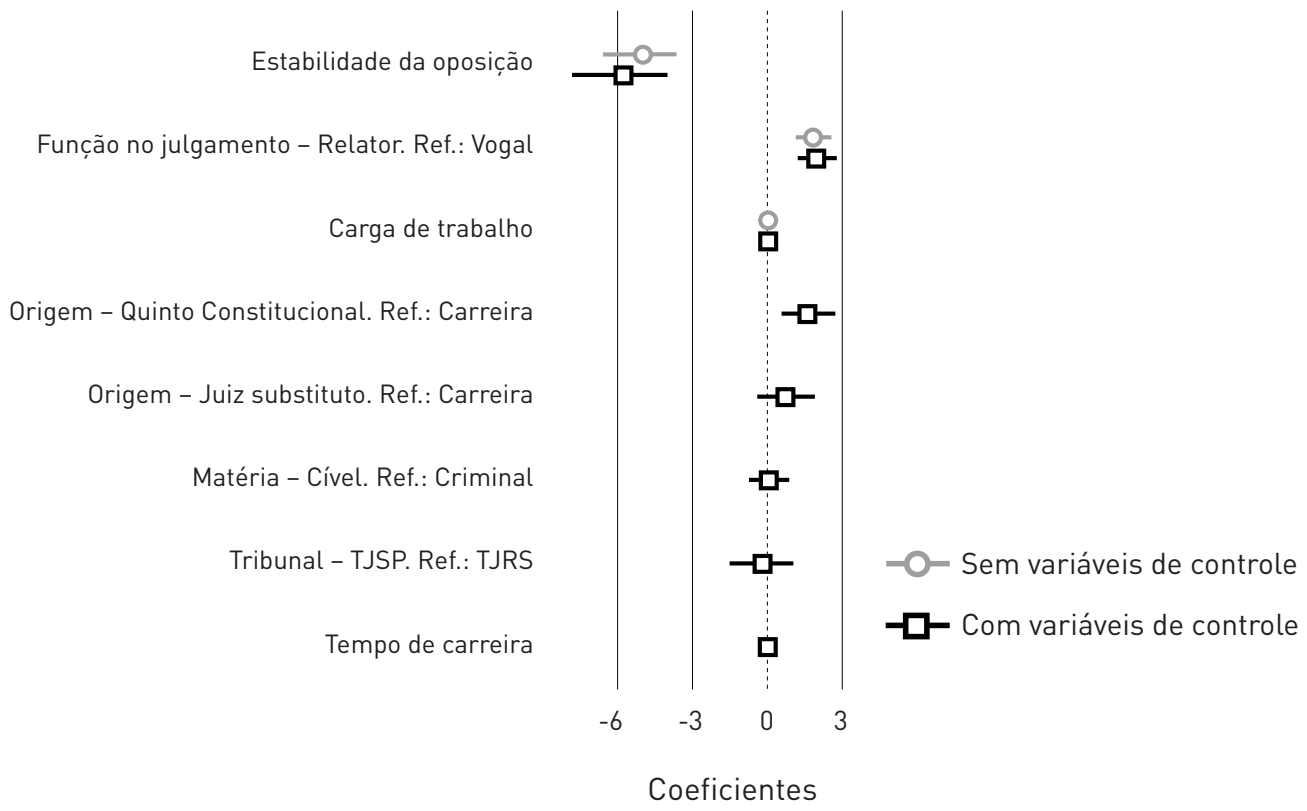
TABELA 3 – **DESCRIÇÃO DAS VARIÁVEIS NUMÉRICAS**

| VARIÁVEL | MÍNIMO | MEDIANA | MÉDIA | 3º QUARTIL | MÁXIMO | DESVIO-PADRÃO |
|---|---|---|---|---|---|---|
| CARGA DE TRABALHO | 85,10 | 451,69 | 472,02 | 590,16 | 976,28 | 192,44 |
| ESTABILIDADE DA MAIORIA | 0,11 | 0,67 | 0,63 | 0,89 | 1,00 | 0,32 |
| TEMPO DE CARREIRA | 0,00 | 1.768,00 | 2.478,84 | 4.237,00 | 8.126,00 | 2.513,85 |

Fonte: Elaboração dos autores.

O Gráfico 2 sintetiza os resultados do modelo de regressão logística, com ou sem a inclusão das variáveis de controle. Os resultados completos de todos os modelos testados podem ser conferidos no Anexo I. As duas variáveis de interesse "estabilidade da oposição" e "função no julgamento" apresentaram significância estatística, bem como a categoria "Quinto Constitucional" da variável de controle "origem do desembargador".

GRÁFICO 2 – ***OUTPUT*** **DOS MODELOS DE REGRESSÃO LOGÍSTICA TOMANDO COMO VARIÁVEL DEPENDENTE O VOTO DO DESEMBARGADOR – VOTO NÃO DEFERENTE = 1, VOTO DEFERENTE = 0**




Fonte: Elaboração dos autores.

Pelos valores dos coeficientes, temos que duas das três hipóteses foram corroboradas, a saber: 1) Quanto mais estável for a oposição, menor a chance de o desembargador proferir um voto não deferente e 2) O desembargador na função de relator tem mais chance de proferir um voto não deferente do que quando assume a função de vogal. Além disso, constatou-se também que julgadores que ingressam na magistratura pelo quinto constitucional têm mais chance de proferir votos não deferentes do que aqueles que ingressam no Tribunal via concursos e assumem o cargo de desembargador através de promoções na carreira. Nas próximas seções tentaremos explicar esses três achados empíricos.

Antes disso, é importante mencionar a não confirmação da hipótese da carga de trabalho. Esperava-se que quanto maior fosse a carga de trabalho, maior seria a chance de o desembargador apresentar um comportamento deferente, uma vez que sua situação, em termos de disponibilidade de tempo, estaria relativamente ainda mais dramática do que a dos demais colegas. Como o Gráfico 2 apresenta, essa expectativa não se mostrou de acordo com a realidade da nossa amostra – o coeficiente da carga de trabalho não apresentou significância estatística. Além disso, o sinal do coeficiente estava positivo, e não negativo como esperávamos, haja vista que deveria haver, segundo a hipótese, uma correlação negativa entre a carga de trabalho e a chance de decisões não deferentes.

Ressaltamos, todavia, que a mesma hipótese foi levantada e corroborada empiricamente por estudos realizados na Suprema Corte Norte-Americana, em cortes de apelação dos Estados Unidos (EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2013) e no STF (ROSEVEAR, HARTMANN e ARGUELHES, 2015).

O nosso melhor palpite para explicar o distanciamento dos achados empíricos desta pesquisa para aqueles encontrados na literatura é o de que a carga de trabalho não afeta a chance de votos (não) deferentes em processos que tratam de questões jurídicas repetitivas, como é o caso da base de dados desta pesquisa. Em situações jurídicas repetitivas, como mostramos na Tabela 4, o voto "divergente" segue um padrão de copia e cola, o qual não implica um aumento excessivo da carga de trabalho.

TABELA 4 – **GRAU DE SIMILARIDADE ENTRE VOTOS DIVERGENTES**

| **DESEMBARGADORES** | **1** | | **2** | | **3** | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| VOTOS | 1 | 2 | 1 | 2 | 1 | 2 |
| GRAU DE SIMILARIDADE | 99% | 98% | 99% | 96% | 93% | 93% |

Fonte: Elaboração dos autores.

Na Tabela 4 comparamos o grau de similaridade dos textos de dois votos não deferentes proferidos por três desembargadores utilizando um *software on-line* de detecção de plágio. O grau de similaridade[15] vai de 0%, textos totalmente diferentes uns dos outros, a 100%, textos completamente iguais. Como se pode observar, o grau de similaridade entre os votos divergentes em alguns casos chega a 99%, indicando que foi alterado praticamente apenas o nome das partes de uma decisão para a outra.

Em outras palavras, uma vez criado o modelo da decisão não deferente pelo desembargador, basta que ele o replique para os casos seguintes, sem incorrer em uma diminuição do seu tempo disponível.

Outra hipótese para que a maior carga de trabalho não afete o padrão decisório dos desembargadores é a de que boa parte do trabalho de elaborar novas fundamentações divergentes é realizado pelas equipes de assessores do desembargador, fazendo com que o custo de tempo para a realização das divergências não afete diretamente o tempo livre do desembargador, podendo ser diluído no cotidiano da equipe de seu gabinete.

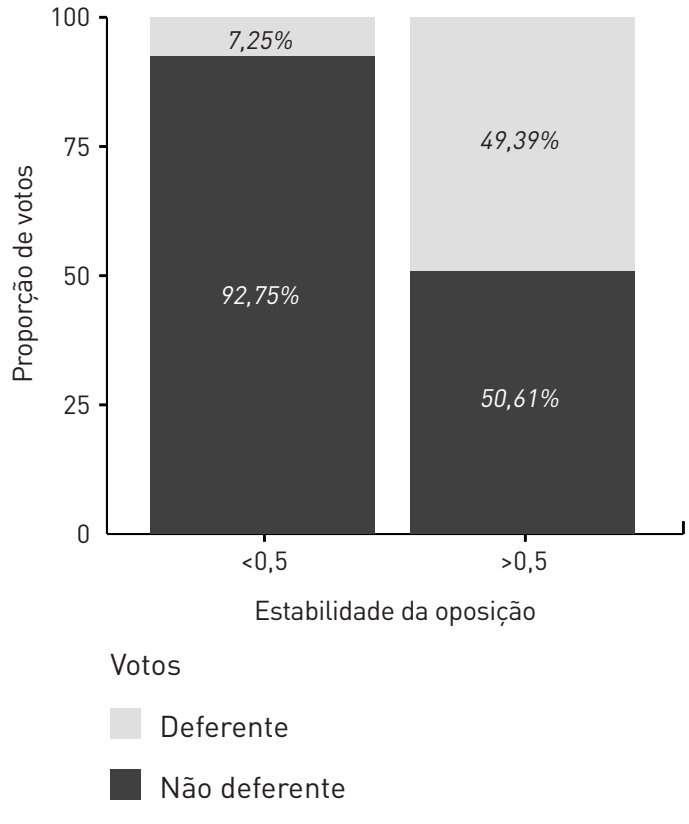
## 4. Discussão

### 4.1. A estabilidade da oposição

Corroborando uma das hipóteses, nossos achados indicam que os desembargadores derrotados tendem a se conformar às maiorias em suas turmas ou câmaras, adotando uma postura deferente quando a oposição a eles for estável, ou seja, quando forem consistentemente derrotados. Mais especificamente, oposições majoritárias estáveis tendem a diminuir as chances de desembargadores minoritários apresentarem comportamentos não deferentes. Como o Gráfico 3 ilustra, a proporção de votos não deferentes quando a oposição majoritária é mais estável ($> 0,5$) é menor do que quando ela é instável ($< 0,5$).

15 Foi utilizado o *software on-line* Prepostseo, disponível em: https://www.prepostseo.com/plagiarism-comparison-search.

GRÁFICO 3 – **PROPORÇÃO DE VOTOS (NÃO) DEFERENTES E ESTABILIDADE DA OPOSIÇÃO**




Fonte: Elaboração dos autores.

A história de um dos desembargadores analisados ilustra didaticamente o efeito da oposição estável sobre a postura (não) deferente. Em 16 de março de 2016, o mencionado desembargador assumiu a relatoria de um recurso de agravo de instrumento no qual o agravante pleiteava a reforma de uma decisão que indeferia a concessão de liminar para a manutenção do fornecimento da substância "Fosfoetanolamina Sintética", a qual supostamente auxiliaria no tratamento de câncer e na melhora do estado clínico dos pacientes.

Em seu voto como relator, o desembargador afirmou que a substância química deveria ser fornecida, embora ela não tivesse registro na Anvisa, não houvesse prescrição médica e nem prova de sua eficácia. Segundo o desembargador, a crença do paciente na eficácia do tratamento e na mitigação do seu sofrimento, aliado à aparente inexistência de efeitos colaterais, seriam motivos suficientes para a concessão da "Fosfoetanolamina Sintética". Com base nesses argumentos, o desembargador analisado deu provimento ao recurso de agravo, sendo vencido por seus pares. A maioria da turma, seguindo o voto do 1º vogal, entendeu que não é possível impor ao poder público a concessão da substância química quando não há qualquer comprovação da sua eficácia e nem ao menos registro na Anvisa.

O mesmo resultado se repetiu em outros julgamentos realizados em 27 de abril de 2016 e 8 de junho de 2016, até que no dia 6 de julho de 2016 o desembargador analisado, novamente no papel de relator, informou que havia mudado de posicionamento. Em seu voto o desembargador indeferiu a concessão da substância química sob o argumento de que não

havia comprovação da sua eficácia, sendo agora acompanhado pela maioria. Daí em diante, o desembargador analisado foi contra a concessão do medicamento em todos os julgamentos.

É possível encontrar na literatura sobre comportamento judicial discussões sobre achados semelhantes. De acordo com George (1998, p. 1661), "[j]uízes podem dar um voto contrário à sua ideologia porque eles preferem vencer (ou serem vistos como vencedores), ou, talvez, porque eles têm aversão à derrota".[16] Nesse sentido, já que oposições majoritárias estáveis implicam mais derrotas para o julgador minoritário do que maiorias instáveis, é mais provável que um desembargador avesso à derrota seja mais deferente no primeiro caso do que no segundo.

Outro aspecto relacionado à deferência perante uma maioria estável pode se relacionar com a preocupação do magistrado com sua reputação perante seus pares. Sunstein (2002, p. 3), por exemplo, afirma que "dissidentes tendem a ser vistos como individualistas, direcionados para seus próprios projetos pessoais".[17] Esse argumento também parece estar em sintonia com os resultados alcançados. É razoável pensar que quanto mais estável for a maioria, mais intensa será a impressão de que o julgador minoritário é individualista, motivo pelo qual este tenderá a se curvar, mais frequentemente, ao posicionamento majoritário.

Isso ocorre porque quanto mais estável for a oposição majoritária, maior será o número de vezes que o desembargador deverá enfrentá-la, caso deseje manter seu posicionamento não deferente. Inversamente, se a maioria for instável, o número de vezes em que ele deverá enfrentá-la é menor, reduzindo-se assim a pressão social que recai sobre ele e, portanto, aumentando a probabilidade de o desembargador minoritário proferir votos não deferentes.

Os resultados encontrados também estão de acordo com as observações empíricas que versam sobre a conformidade em órgãos colegiados (SUNSTEIN *et al.*, 2006). Segundo tais estudos, um juiz republicano tende a votar de maneira mais liberal quando o órgão é composto por outros dois juízes democratas e, inversamente, um juiz liberal tende a votar de modo mais conservador se o órgão é composto por outros dois juízes republicanos.[18] Em outras palavras, esses trabalhos evidenciam que o posicionamento majoritário exerce um constrangimento sobre as preferências pessoais do julgador minoritário, levando-o a se alinhar à maioria. Os nossos achados indicam precisamente o mesmo: um julgador minoritário diante de uma oposição majoritária estável tende a abrir mão do seu posicionamento e se alinhar ao posicionamento da maioria.

• • •

16 Tradução livre de "Justices may cast a vote contrary to their ideological position because they like to win (or to be perceived as winners), or perhaps because they are loss averse".

17 Tradução livre de "[…] dissenters tend to be seen as selfish individualists, embarking on projects of their own".

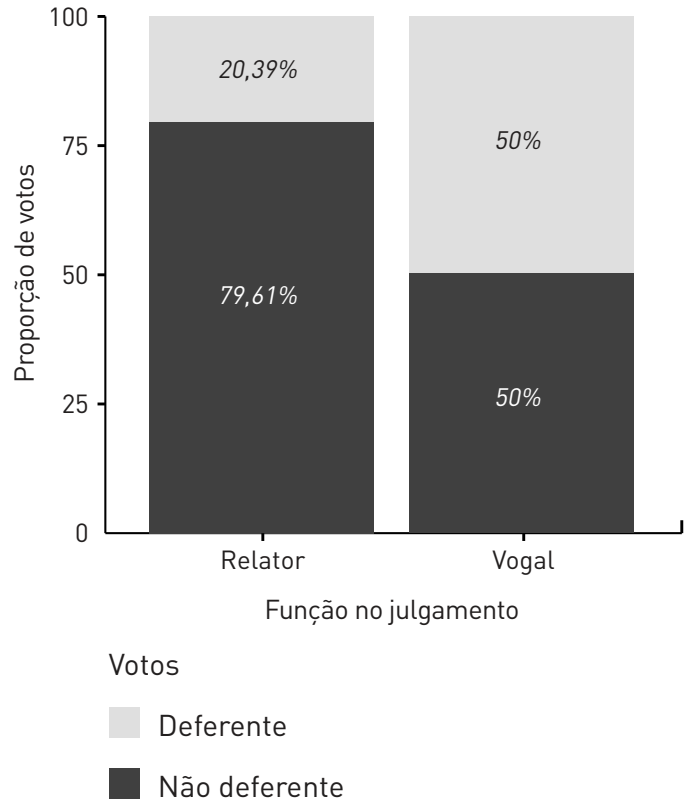
18 Nos Estados Unidos, o Partido Republicano é considerado conservador e o Partido Democrata, liberal. Como os juízes federais são indicados pelo presidente da República, eles são classificados a partir da filiação partidária dos presidentes pelos quais foram indicados.

Esses resultados convergem com a experiência da juíza federal Diane Wood, da Corte de Apelação do Sétimo Circuito dos Estados Unidos. De acordo com Wood (2012), votos divergentes podem criar tensões entre os membros do órgão colegiado. Por mais técnica que seja a divergência, há um risco de os julgadores se sentirem pessoalmente ofendidos. Além disso, esse risco se eleva à medida que aumenta a frequência da abertura de divergências. Dessa maneira, a fim de manterem uma certa coesão dentro do grupo, os juízes pensam cuidadosamente antes de desafiar a maioria, por mais que discordem do posicionamento majoritário (WOOD, 2012).

### 4.2. Por que os vogais deferem mais do que os relatores?

Os resultados empíricos também corroboram a hipótese de que o mesmo desembargador tenha mais chance de proferir um voto não deferente quando assume a função de relator do que quando assume a função de vogal. O Gráfico 4 demonstra isso.

GRÁFICO 4 – **Proporção de votos (não) deferentes e função no julgamento**




Fonte: Elaboração dos autores.

Novamente, a história de um dos desembargadores analisados é ilustrativa da maior tendência de os desembargadores deferirem para maiorias quando são vogais do que na função de relator. Em 25 de maio de 2017, foi realizado o julgamento de um recurso em sentido estrito contra uma sentença que pronunciou o réu por homicídio tentado qualificado pelo feminicídio. Conforme é tratado na denúncia, o réu conversava com sua companheira, que

expressou a vontade de terminar o relacionamento amoroso que os dois até então mantinham. Inconformado com a decisão de sua companheira, o réu, fazendo uso de uma faca, desferiu diversas punhaladas contra ela, não logrando êxito em assassiná-la por circunstâncias alheias a sua vontade.

Nesse julgamento, o desembargador analisado assumiu o papel de relator e votou pela manutenção da sentença que havia pronunciado o réu,[19] apenas reformando-a no ponto relativo à qualificadora de feminicídio. De acordo com o desembargador, existem dois problemas com essa qualificadora. Em primeiro lugar, ao prever a qualificação do crime apenas quando ele for cometido contra mulheres haveria uma ofensa ao princípio da igualdade entre homens e mulheres previsto no Art. 5º, inc. I da Constituição Federal. Em segundo lugar, seria também inconstitucional a presunção absoluta (*jure et de jure*) constante do Art. 121, §2º, inc. I, do Código Penal, segundo a qual o homicídio cometido contra a mulher envolvendo violência doméstica e familiar sempre implicaria feminicídio.

Aproximadamente cinco meses depois, em 26 de outubro de 2017, o desembargador atuou no julgamento de outro crime com circunstâncias muito similares às do primeiro. No entanto, nesse recurso o mesmo desembargador, agora assumindo a função de vogal, seguiu a maioria de sua turma, mantendo a sentença de pronúncia, inclusive com a qualificadora de feminicídio, sob o fundamento de que o crime envolvia violência doméstica. Passados mais alguns meses, em 22 de fevereiro de 2018, o desembargador na função de relator voltou a defender a inconstitucionalidade da qualificadora de feminicídio, sendo novamente vencido pela maioria.

Percebemos, a partir do caso relatado, que o mesmo desembargador, embora adote uma postura deferente quando ocupa o papel de vogal, adota uma postura não deferente quando ocupa o papel de relator. Quais motivos podem justificar essa diferença no comportamento? A explicação desse fenômeno passa pela compreensão dos diferentes objetivos que um mesmo desembargador pode ter a depender da função que ele ocupa no julgamento.

O desembargador minoritário na função de relator pode ter como um de seus objetivos a construção da sua autobiografia e uma eventual guinada da jurisprudência. Quando um jurista, advogado ou acadêmico cita uma decisão judicial, as principais informações são o tipo de julgamento (Recurso em sentido estrito, por exemplo), o número do processo e, sobretudo, o nome do relator. Nesse sentido, não deferir para a maioria na posição de relator pode significar também uma forma pela qual o desembargador constrói sua própria biografia. Ao dar um voto não deferente como relator, o desembargador evita que esses processos sejam colecionados em peças processuais como jurisprudência, garantindo, assim, que, mesmo deferindo

19 Uma sentença de pronúncia é uma sentença que decide se o julgamento do réu vai ou não para o tribunal do Júri.

perante a maioria na função de vogal, seu nome não seja vinculado à autoria de decisões judiciais que representam adesões a teses jurídicas com as quais ele não concorda.

Além disso, é possível que, a despeito do ônus de divergir da maioria, o desembargador relator reafirme seu entendimento minoritário com o objetivo de que algum advogado ou acadêmico capture seu voto como referência para defender a mesma posição e, talvez, no futuro, provoque uma mudança da jurisprudência. Agindo assim o desembargador no mínimo garante o prosseguimento do debate sobre alguma questão jurídica que ele considera importante.

Apesar desses dois objetivos poderem ter alguma relevância para o desembargador na função de vogal, possivelmente não são tão relevantes quanto 1) a manutenção do clima de colegialidade e 2) a redução da carga de trabalho. Ambos os objetivos somados aumentam a probabilidade de o desembargador vogal optar pela deferência à maioria.

Mas por que o desembargador minoritário na função de vogal teria objetivos distintos? O elemento-chave para compreender isso é a ordem de votações. A primeira decisão é uma responsabilidade do relator e deve conter uma estrutura completa: relatório, fundamentação e dispositivo. Por outro lado, as decisões subsequentes dos vogais, caso concordem com o relator, podem se resumir a uma única frase: "De acordo com o relator" – lembrando que apenas na hipótese de discordarem do relator é que os vogais precisam escrever um voto com fundamentação.

É justamente para maximizar a colegialidade do órgão a que pertencem e reduzir sua carga de trabalho que os desembargadores vogais têm maior probabilidade de deferir para a maioria, suprimindo sua divergência. Com um raciocínio semelhante, a juíza Wood explica que:

> Por tudo isso, alguém poderia dizer, em defesa da elaboração de fundamentação de divergência, que não há dúvidas de que há custos associados a essa prática. Esses custos podem levar o juiz minoritário a abrir mão de sua jogada. O principal custo envolvido é óbvio: é preciso gastar tempo e energia para escrever uma divergência e os retornos para essa atitude são pequenos e raros.[20] (WOOD, 2012, p. 17)

### 4.3. Carreira *versus* quinto constitucional

Por fim, nosso terceiro achado empírico de interesse se encontra em uma das variáveis de controle e, portanto, não era previsto pelo modelo teórico, embora já imaginássemos uma chance de que pudesse surtir algum efeito, tanto que optamos por incluir a variável no modelo. Dessa

20 Tradução livre de: "For all that one might say in defense of separate writing, there is no doubt that there are costs associated with the practice. These costs may lead the outlier judge on the panel to 'fold'. The leading cost is an obvious one: it takes time and energy to write separately, and the payoffs from separate writing are few and far between".

forma, entendemos que temos o dever de também apresentar alguma razão para que desembargadores de carreira tenham menor chance de proferir um voto não deferente do que aqueles que ingressaram pelo quinto.

Nossa especulação aqui reside na diferença entre desembargadores de carreira e desembargadores do quinto constitucional. Uma vez que os de carreira atuaram por anos na primeira instância, eles foram treinados ao longo desse período para se conformarem ao posicionamento de outros magistrados, no caso, a segunda instância, quando faziam parte da primeira. Uma atuação mais conforme à jurisprudência pode, inclusive, estar relacionada ao menor volume de trabalho e à maior celeridade nos julgamentos, que podem entrar como fatores que favorecem a promoção do juiz na carreira.

Nesse sentido, desembargadores que ingressam pelo quinto podem estar querendo mostrar serviço e se diferenciar, razão pela qual eles possuem mais probabilidades de apresentar um voto não deferente. Enquanto desembargadores de carreira podem já estar enfastiados com o dia a dia do trabalho e de ter de tomar decisões, atentando-se de forma ativa apenas para alguns poucos casos que consideram mais importantes, desembargadores do quinto podem estar mais empolgados com o novo trabalho e, portanto, mais dispostos a levar todos os casos a sério, mantendo seus posicionamentos iniciais mesmo que venham a vê-los derrotados pela maioria. Pode ser também que os desembargadores do quinto tenham uma capacidade ainda menor, menos treinada, de se antecipar às maiorias da turma ou câmara, e, por isso, sejam menos capazes de se antecipar e deferir perante os colegas.

Um resultado similar foi encontrado por Oliveira (2012b) no STF. A autora identificou que ministros com experiência na carreira da magistratura apresentavam padrões de votação diferentes dos demais. Mais especificamente, "Quanto maior a proporção de magistrados no Tribunal, maiores as chances de a decisão ser unânime" (OLIVEIRA, 2012b, p. 144).

Ressaltamos, no entanto, que tanto o efeito da forma de ingresso do magistrado em sua propensão a divergir, quanto as possíveis diferenças entre os dois tipos de magistrados ainda estão por serem estudadas com afinco pela literatura brasileira, para que possamos formar um entendimento mais consolidado sobre a questão. Lançamos, no entanto, nossas especulações nesse sentido com o objetivo de auxiliar na criação de novas explicações e hipóteses para pesquisas futuras.

## Conclusões

No presente artigo, procuramos explicar o fenômeno da divergência em tribunais de segunda instância por meio das teorias estratégicas de comportamento judicial, especialmente aquelas que apontam para a existência de múltiplos objetivos na tomada de decisões dos juízes e desembargadores.

Os resultados que encontramos são relevantes mesmo se não levarmos em consideração a teoria e as explicações propostas. Saber que juízes decidem de forma diferente de acordo

com a ordem das decisões nos órgãos colegiados nos força a repensar tudo que imaginamos sobre o funcionamento de um órgão judicial colegiado, gerando mudanças que podem ser feitas por advogados e tomadores de decisões de políticas públicas que querem ver suas causas vencedoras ou suas políticas públicas implementadas com a menor intervenção judicial possível, por exemplo.

Entretanto, encontrar explicações relacionadas aos constrangimentos impostos por oposições majoritárias estáveis e pelas funções assumidas pelos desembargadores em cada julgamento, ambas situadas no marco teórico do comportamento estratégico de múltiplos objetivos, abre inúmeras possibilidades para o campo de pesquisa. Partindo do pressuposto que juízes podem ter objetivos não relacionados ao mérito do julgamento em questão ao decidirem em um determinado sentido ou outro, podemos ampliar nossa perspectiva de pesquisa e elaborar hipóteses ainda mais sofisticadas sobre quais seriam os objetivos que influenciam a atuação dos magistrados no Brasil.

Muito embora o artigo não trate especificamente do STF, os achados aqui podem implicar sugestões de análises interessantes também para essa linha de pesquisa. Atualmente, boa parte das controvérsias nas pesquisas sobre esse tribunal se dão em torno dos padrões de agrupamento dos ministros nas votações, com pesquisadores sugerindo uma fragmentação tão grande que se poderia falar em um Supremo Tribunal individual (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018; SILVA, 2013), enquanto outros artigos apontam para um caráter mais agrupado de comportamento (ARAUJO, 2017, 2018; MARIANO SILVA, 2016, 2018; OLIVEIRA, 2017). O mecanismo apresentado neste artigo pode, nesse sentido, não apenas ajudar a compreender o caráter mais ou menos fragmentado das decisões do STF, como também oferecer uma hipótese para explicar porque eles se agrupam ou não.

O presente artigo se configura, assim, como inovador não apenas no sentido de seus achados empíricos, mas principalmente nos efeitos que pode ter sobre o campo de pesquisa das instituições de justiça no Brasil, tanto no que diz respeito à discussão teórica sobre como magistrados se comportam, quanto no que diz respeito à abertura de possibilidade de olharmos para outros fatores que influenciam as decisões, para além das preferências políticas dos magistrados, bem como para instâncias judiciais além do Supremo Tribunal Federal.

**AGRADECIMENTOS**

*Os autores agradecem à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), ao Instituto da Democracia e da Democratização da Comunicação (INCT) e à Casa de Rui Barbosa pela bolsa que financiou parte da pesquisa resultante no trabalho apresentado. Agradecem também aos presentes nas sessões da área temática*

*"Política, Direito e Judiciário" do 11º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP) e no Simpósio de Pesquisa Pós-Graduada (SPG) 28 do 42º Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS) pelos comentários e sugestões de melhoria em uma versão inicial deste trabalho, em especial a Fabricio Tomio, Andrei Koerner, Leon Barbosa, Jeferson Mariano Silva, Andressa Lewandowski e Shandor Torok. Por fim, agradecem a Natália Tsuyama Cócolo e Gabriela Hoffer pelo auxílio na confecção do fluxograma.*

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, Cebrap, v. 43, p. 45-63, nov. 1995.

ALMEIDA, Guilherme; NUNES, José Luiz; CHAVES, Luciano. *Explicando o dissenso*: uma análise empírica do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos. 2019. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3428679

ARAÚJO, Mateus Morais. Ligando os pontos entre a política de indicações e a política das decisões judiciais no STF. *In:* MARONA, Marjorie Corrêa; DEL RIO, Andrés (orgs.). *Justiça no Brasil:* nas margens da democracia. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

ARAÚJO, Mateus Morais. *Comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – UFMG, Belo Horizonte, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

ATKINS, Burton; GREEN, Justin. Consensus on the United States Courts of Appeals: Illusion or Reality. *American Journal of Political Science*, v. 20, n. 4, 735-748, 1976.

BAUM, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Michigan: University of Michigan Press, 1997.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch:* The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

CLARK, Tom S. *The Limits of Judicial Independence* (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DESPOSATO, Scott; INGRAM, Matthew; LANNES JR., Osmar. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. *Journal of Law Economics and Organization*, v. 31, n. 3, p. 534-567, 2014.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington, DC: CQ Press, 1997.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges* – A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A Positive Theory of Statutory Interpretation. *International Review of Law and Economics*, v. 12, p. 263-279, 1992.

GEORGE, Tracey E. Developing a Positive Theory of Decisionmaking on U.S. Courts of Appeals. *Ohio State Law Journal*, v. 58, n. 5, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: UNB, 1984.

HAMMOND, Thomas; BONNEAU, Chris; SHEEHAN, Reginald. *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*. Stanford, California: Stanford University Press, 2005.

HORTA, Ricardo de Lins e. Argumentação, Estratégia e Cognição: Subsídios para a formulação de uma Teoria da Decisão Judicial. *Revista Eletrônica Direito e Liberdade*, v. 18, p. 151-193, 2016.

LOPES, Felipe de Mendonça. Dissent Aversion and Sequential Voting in the Brazilian Supreme Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 16, p. 933-954, 2019.

MAGALHÃES, Lucas F. 2020. *Preferências políticas importam?* Uma análise das sentenças criminais proferidas pelos Juízes do Estado de São Paulo. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (Dissertação de Mestrado).

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. *Crafting Law on the Supreme Court* – The Collegial Game. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MARIANO SILVA, Jeferson. Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017) 1. *Novos Estudos*, n. 110, p. 34-54, 2018.

MARIANO SILVA, Jeferson. *Jurisdição constitucional em Espanha (1981-1992) e Brasil (1988-1997)*. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do IESP-UERJ, 2016, 401p.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: Ampliando sua legitimidade democrática? *Revista Teoria e Sociedade*, n. 22.1, 2014.

MARTINS, Rodrigo. *Pontos de divergência:* Supremo Tribunal Federal e comportamento judicial. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, 2018.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 3, p. 1863-1908, 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 80, p. 89-115, 2012a.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório do Supremo Tribunal Federal: coalizões e "panelinhas". *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, p. 139-153, 2012b.

PAIM, Luis Fernando Nunes Alves; BATT, Carine Raquel; SACCANI, Gabriela; GUERREIRO, Irene Clemes Küllkamp. Qual é o custo da prescrição pelo nome de marca na judicialização do acesso aos medicamentos? *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 201-209, 2017.

POSNER, Richard A. What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, p. 1-41, 1993.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

ROSEVEAR, Evan; HARTMANN, Ivar Alberto M.; ARGUELHES, Diego Werneck. *Disagreement on the Brazilian Supreme Court:* An Exploratory Analysis. *SSRN Scholarly Paper*. Rochester, NY: Social Science Research Network, October 31, 2015. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629329. Acesso em: 7 nov. 2021.

SCHUBERT, Glendon A. *The Judicial Mind Revisited*: Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology. New York: Oxford University Press, 1974.

SCHUBERT, Glendon A. *The Judicial Mind*: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946–1963. Evanston, IL: Northwestern University Press, 1965.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert. Ideological Values and Votes of U.S. Supreme Court Justices. *American Political Science Review*, v. 3, p. 557-565, 1989.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.

SILVA, Naiane Louback da. A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. *Serviço Social & Sociedade* [*on-line*], n. 111, p. 555-575, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. Conformity and Dissent. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 34, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. *et al*. *Are Judges Political?* An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

WOOD, Diane P. When to Hold, When to Fold, and When to Reshuffle: The Art of Decision-making on a Multi-Member Court. *California Law Review*, v. 1445, 2012.

# ANEXO I – Resultado dos modelos de regressão logística

| | ***VARIÁVEL DEPENDENTE:*** | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | **VOTO DO DESEMBARGADOR (1 – NÃO DEFERENTE; 0 – DEFERENTE)** | | | | | |
| | (1) | (2) | (3) | (4) | (5) | (6) |
| ESTABILIDADE DA OPOSIÇÃO | -4,444*** | -5,003*** | -5,008*** | -5,874*** | -5,878*** | -5,807*** |
| | (0,676) | (0,757) | (0,756) | (0,881) | (0,882) | (0,975) |
| FUNÇÃO NO JULGAMENTO - RELATOR. REF.: VOGAL | | 1,800*** | 1,807*** | 1,942*** | 1,943*** | 1,956*** |
| | | (0,365) | (0,367) | (0,385) | (0,386) | (0,400) |
| CARGA DE TRABALHO | | | 0,001 | 0,0004 | 0,0004 | 0,001 |
| | | | (0,001) | (0,001) | (0,001) | (0,002) |
| ORIGEM – QUINTO CONSTITUCIONAL. REF.: CARREIRA | | | | 1,354*** | 1,359*** | 1,597*** |
| | | | | (0,443) | (0,447) | (0,555) |
| ORIGEM – JUIZ SUBSTITUTO. REF.: CARREIRA | | | | 1,010* | 1,013* | 0,700 |
| | | | | (0,548) | (0,549) | (0,591) |
| MATÉRIA – CÍVEL. REF.: CRIMINAL | | | | | -0,039 | 0,039 |
| | | | | | (0,397) | (0,414) |
| TRIBUNAL – TJSP. REF.: TJRS | | | | | | -0,209 |
| | | | | | | (0,791) |
| TEMPO DE CARREIRA | | | | | | -0,0001 |
| | | | | | | (0,0001) |
| CONSTANTE | 3,630*** | 3,308*** | 3,019*** | 3,157*** | 3,182*** | 3,368*** |
| | (0,538) | (0,571) | (0,683) | (0,755) | (0,795) | (0,828) |
| OBSERVAÇÕES | 233 | 233 | 233 | 233 | 233 | 225 |
| LOG LIKELIHOOD | -119,450 | -105,537 | -105,251 | -99,512 | -99,507 | -94,302 |
| AKAIKE INF. CRIT. | 242,901 | 217,074 | 218,502 | 211,025 | 213,015 | 206,604 |

*NOTA: COEFICIENTE (ERRO PADRÃO).* *P<0,1; **P<0,05; ***P<0,01

Fonte: Elaboração dos autores.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

ARAÚJO, Mateus Morais; MAGALHÃES, Lucas Fernandes. Como os desembargadores reagem a derrotas? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2135. https://doi.org/10.1590/2317-6172202135

*Mateus Morais Araújo*

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Estado de Minas Gerais e pesquisador do Observatório da Justiça no Brasil e na América Latina.

*mateus.m.araujo@gmail.com*

*Lucas Fernandes de Magalhães*

Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador do Observatório da Justiça no Brasil e na América Latina.

*lucas_fernandes91@hotmail.com*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 29.04.2020
Aprovado: 11.06.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202136

# Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais

*SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS OR SEXUAL RIGHTS AND REPRODUCTIVE RIGHTS? DILEMMAS AND CONTRADICTIONS IN THE INTERNATIONAL AND THE BRAZILIAN LEGAL FRAMEWORK*

*Juliana Cesario Alvim Gomes*[1]

**Resumo**

Nas últimas décadas, desdobramentos jurídicos relativos à sexualidade e à identidade de gênero vêm sendo reconhecidos tanto nacional quanto internacionalmente. Nesse contexto, apesar dos esforços para a construção e consolidação de um conteúdo autônomo, os direitos sexuais com frequência são reivindicados a partir do tratamento conjunto de "direitos sexuais e reprodutivos". O presente artigo busca demonstrar que, historicamente, sobretudo a partir das conferências internacionais da década de 1990, esse tratamento indiferenciado entre direitos sexuais e reprodutivos colaborou para que os primeiros passassem a ser vistos como uma categoria subordinada e condicionada aos segundos. Esse processo, embora tenha sido objeto de críticas pela literatura, não foi revertido no emprego do termo pelo poder público no Brasil. À luz dessas considerações, o artigo busca apontar a utilidade da categoria autônoma dos direitos sexuais para a proteção e promoção de direitos relativos à sexualidade e identidade de gênero. De maneira mais ampla, tem por objetivo evidenciar alguns dos riscos que uma visão que desconsidere as características de interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos pode acarretar.

**Palavras-chave**

Direitos sexuais; direitos reprodutivos; conferências internacionais; gênero; sexualidade.

***Abstract***

*In recent decades, legal developments regarding the field of sexuality have been recognized both nationally and internationally. In this context, sexual rights are often claimed based on the joint treatment of "sexual and reproductive rights", despite efforts to build and consolidate an autonomous content. Historically, this undifferentiated treatment between sexual and reproductive rights collaborated so that the former came to be seen as a subordinate and conditioned category to the latter. Despite the criticisms, this process has not been reversed on the political and constitutional level in Brazil. In the light of these considerations, the article aims to point out the usefulness of the category of sexual rights for the protection and promotion of rights related to sexuality and gender identity. It also aims to signal the risks of a fragmentary view of human rights that does not consider them in an indivisible and interdependent way.*

***Keywords***

*Sexual rights; reproductive rights; human rights; gender; sexuality.*

**1** Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-9721-5221

CC BY-NC

## Introdução

Nas últimas décadas, a relevância dos desdobramentos jurídicos relativos à sexualidade e à identidade de gênero vem sendo reconhecida tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Internacionalmente, esse processo vem sendo acompanhado da consolidação do uso da expressão "direitos sexuais" para promover essa categoria de direitos.

O uso dessa expressão busca articular conjuntamente múltiplas demandas relativas à sexualidade e à identidade de gênero abarcando-as sob a gramática e o regime jurídico geral dos direitos fundamentais e humanos. Ao mesmo tempo, visa a conferir proteção e legitimidade a identidades, práticas e comportamentos que não estão necessariamente ligados nem à saúde, nem à reprodução, alcançando indivíduos e grupos tradicionalmente desconsiderados como sujeitos de direitos.

Apesar dos esforços para a construção e consolidação de um conteúdo autônomo, os direitos sexuais são, com frequência, mobilizados a partir do tratamento conjunto de "direitos sexuais e reprodutivos". O presente artigo busca demonstrar que essa abordagem indiferenciada impactou negativamente o avanço de pautas relativas à sexualidade e à identidade de gênero, marginalizando práticas, identidades e agendas não hegemônicas.

Para tanto, será realizada uma análise da trajetória histórica do conceito, com ênfase nas conferências internacionais da década de 1990. Como se verá adiante, apesar dos inegáveis avanços verificados nas sucessivas conferências, o tratamento da sexualidade permaneceu vinculado à saúde e/ou atrelado aos direitos reprodutivos de casais cis-heterossexuais. Além disso, a viabilização dos avanços no campo da saúde sexual e dos direitos reprodutivos ocorreu à custa da domesticação da ideia de sexualidade, em que aspectos considerados mais controversos foram utilizados como moeda de troca durante barganhas políticas ocorridas nas conferências – até serem, finalmente, excluídos. Essas contradições refletiram-se na fragmentação das abordagens sobre sexualidade e identidade de gênero nos anos 2000, em franca contrariedade às ideias de indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos humanos. Nesse contexto, um tratamento indiferenciado entre direitos sexuais e reprodutivos colaborou para que os primeiros passassem a ser vistos como uma categoria subordinada e condicionada aos segundos.

Esse processo vem sendo objeto de crítica por parte da literatura nacional e estrangeira. Como se verificará, no plano nacional o debate em torno dos direitos sexuais surge a partir da Conferência de Beijing, em meados dos anos 1990, e, desde as publicações pioneiras, já trata de maneira crítica da indiferenciação entre direitos sexuais e reprodutivos.

Entretanto, como se demonstrará a partir da análise de atos normativos do Poder Executivo federal, leis e projetos de lei no âmbito da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) até 2019, apesar das profícuas discussões em torno da categoria dos direitos sexuais por parte da literatura, seu uso é muito rarefeito no âmbito do poder público no Brasil. Isso se verifica mesmo em contextos em que direitos relativos à sexualidade e à identidade

de gênero foram amplamente discutidos, como na promulgação do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT pelo Poder Executivo em 2009 e em julgamentos do STF, como aquele em que foram afirmados: a constitucionalidade das uniões homoafetivas, em 2011; o direito de pessoas trans à retificação de nome e sexo no registro civil, em 2018; e a criminalização da LGBTfobia, em 2019. Ademais, nas raras vezes em que a expressão é empregada, em regra, o é por meio de um tratamento indistinto em relação aos direitos reprodutivos.

Nesse contexto, o artigo busca apontar a utilidade da categoria autônoma dos direitos sexuais para proteção e promoção de direitos relativos à sexualidade e à identidade de gênero, ao lançar luzes sobre aspectos tradicionalmente negligenciados pela utilização indiferenciada na expressão "direitos sexuais e reprodutivos" e possibilitar uma visão positiva e emancipatória de sexualidade e identidade de gênero. O trabalho pretende, ainda, de maneira mais ampla, evidenciar alguns dos riscos em que pode incorrer uma visão dos direitos humanos que não os considere de maneira complexa, interdependente e indivisível.

## 1. Direitos sexuais no plano internacional

### 1.1. Direitos sexuais: definição atual

Desde os anos 2000, documentos internacionais têm buscado definir e sistematizar os chamados direitos sexuais. Dentre os mais importantes[1] estão os Princípios de Yogyakarta sobre orientação sexual e identidade de gênero, redigidos e aprovados por um conjunto de 29 especialistas (THE YOGYAKARTA PRINCIPLES, 2006), a declaração da organização não governamental International Planned Parenthood Federation (IPPF, 2008) e a Declaração sobre Direitos Sexuais da World Association for Sexual Health (WAS, 2014), organização internacional que reúne sociedades sexológicas e sexólogos, de 2014.

Como se depreende desses documentos, os direitos sexuais se definem pelo seu objeto – a sexualidade e a identidade de gênero.[2] Os direitos que sobre ele incidem são muitas vezes

1 Alice M. Miller, Eszter Kismödi, Jane Cottingham e Sofia Gruskin (2015) incluem também como documentos canônicos em matéria de direitos sexuais a compilação de casos e leis sobre orientação sexual e identidade de gênero da International Commission of Jurists (2011) e relatórios da Organização Mundial da Saúde (2015). Lottes (2013, p. 373) chama atenção para dois documentos anteriores que, no entanto, enfocavam apenas direitos das mulheres: um da organização Colombiana Women's Global Network for Reproductive Rights de 1996 e outro do subgrupo HERA (Health, Empowerment, Rights, and Accountability) da International Women's Health Coalition. A autora ainda traz outros, como a Declaração de Valência de Direitos Sexuais, apresentada em 1999 no âmbito da Associação Mundial de Sexologia.

2 Miller *et al.* (2015, p. 17) chamam atenção para o fato de que "a forma como cada um expressa gênero pode formar a base sobre a qual o direito estatal regula com quem essa pessoa pode ter relações sexuais

direitos já consagrados nas constituições e nos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, a declaração da IPPF afirma que "os direitos sexuais são compreendidos por um conjunto de direitos relacionados à sexualidade que emanam dos direitos à liberdade, igualdade, privacidade, autonomia, integridade e dignidade de todas as pessoas". A conhecida definição de trabalho da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 2002, prevê, por sua vez, que "Os direitos sexuais abarcam certos direitos humanos que já estão reconhecidos em tratados de direitos humanos internacionais e regionais, baseados em documentos de consenso e encontrados no direito doméstico" (WHO, 2010).

Isso não significa, contudo, que o resultado da incidência de direitos consagrados sobre sexualidade e identidade de gênero não traga desdobramentos novos e particulares, que são essenciais para a concretização desses direitos. A Declaração dos Direitos Sexuais da WAS ilustra esse fenômeno. Ao mesmo tempo em que abarca, por exemplo, o direito à saúde, à educação e o "direito de estar isento de todas as formas de violência ou coerção", inclui em seu texto repercussões e exigências específicas. Veja-se:

> [a proteção ao] estupro, abuso ou, perseguição sexual, "bullying", exploração sexual e escravidão, tráfico com propósito de exploração sexual, teste de virgindade ou violência cometida devido à prática sexual real ou presumida, orientação sexual, identidade e expressão de gênero ou qualquer característica física (artigo 5);
> o direito ao mais alto padrão de saúde atingível, inclusive de saúde sexual; com a possibilidade de experiências sexuais prazerosas, satisfatórias e seguras (artigo 7); e
> o direito à educação e o direito à educação sexual esclarecedora (artigo 10). (WAS, 2014)

Outro aspecto importante é que os direitos sexuais possuem múltiplas dimensões, incluindo de prestação e de proteção, individuais e coletivas, oponíveis ao Estado e também a particulares. Em verdade, os direitos sexuais consistem em um rol aberto e não taxativo de direitos relativos à sexualidade e à identidade de gênero, que têm sido conceituados e desenvolvidos ao longo do tempo a partir de compreensões, entendimentos, demandas e mobilizações concretas.

• • •

legítimas". Além disso, a identidade de gênero é, em geral, determinante para condicionar limites e possibilidades das experiências sexuais às quais o indivíduo está sujeito, sejam elas positivas, sejam negativas. Apesar dessa conexão entre sexualidade e identidade de gênero e da articulação histórica conjunta desses dois aspectos (seja por parte de sujeitos e movimentos, seja por parte do aparato médico e jurídico), seu tratamento indiferenciado sob a rubrica dos "direitos sexuais" merece um estudo específico que leve em conta se e em que medida esse tratamento não contribuiu/contribui para um protagonismo de demandas relativas à sexualidade em detrimento daquelas concernentes à identidade de gênero.

Nesse sentido, o preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta prevê a necessidade de revisões periódicas do documento para "permitir a incorporação de desenvolvimentos no direito e na sua aplicação para vidas particulares e experiências de pessoas de orientação sexual e identidades de gênero diversas ao longo do tempo em diversas regiões e países". Em consonância com essa previsão, em 2017 realizou-se atualização de tais princípios que incorporou ao texto original nove princípios adicionais e onze novas obrigações estatais (Yogyakarta *Principles plus* 10 – YP+10).

Embora os direitos sexuais se comuniquem com os direitos reprodutivos, com eles não se confundem. Por um lado, pode haver sexualidade sem reprodução (por exemplo, com uso de métodos anticoncepcionais, no caso de relações entre pessoas do mesmo sexo ou, ainda, de pessoas que, por alguma razão, não possam individual ou conjuntamente conceber). E, por outro, reprodução sem sexualidade (por exemplo, por meio de técnicas de reprodução assistida). É verdade, contudo, que alguns direitos estão localizados na interseção entre os dois conjuntos. É o caso, por exemplo, do direito ao acesso à contracepção e ao aborto. A decisão de iniciar, continuar ou terminar uma gravidez pode ser vista tanto como uma escolha reprodutiva quanto "como um aspecto da capacidade da mulher [e do homem trans] de conectar ou desconectar a atividade sexual da decisão de se tornar mãe [/pai]" (MILLER *et al.*, 2015, p. 17, inclusão nossa), estando no campo da sexualidade a depender do aspecto enfatizado. Os direitos sexuais são, portanto, direitos relacionados à sexualidade e à identidade de gênero independentemente de qualquer dimensão reprodutiva.

Essa categoria é relevante, por um lado, por ser capaz de articular conjuntamente múltiplas demandas relativas à sexualidade e à identidade de gênero, abarcando-as sob a gramática e sob o regime jurídico geral dos direitos fundamentais e humanos. Por outro, por conferir proteção e legitimidade a identidades, práticas e comportamentos sexuais que não estão necessariamente ligados nem à saúde, nem à reprodução, alcançando indivíduos e grupos tradicionalmente excluídos como sujeitos de direitos relativos à sexualidade e à identidade gênero. Como afirma Ignacio Saiz (2004, p. 65), os direitos sexuais permitem, a partir de uma lógica de universalidade, articular diversas perspectivas, incluindo "direitos das mulheres, população e desenvolvimento, saúde reprodutiva, HIV/AIDS, e direitos de gays lésbicas e transgêneros"; abarcar e promover "uma visão mais positiva e emancipatória da sexualidade", sujeita não apenas à proteção "contra violência e interferência, mas também como um bem social a ser respeitado, protegido e alcançado"; articular interseções entre diferentes restrições à sexualidade a fim de identificar "causas comuns de diferentes formas de opressão"; e "construir pontes e coalizões entre movimentos diversos para enfrentar obstáculos comuns (como o fundamentalismo religioso)" (SAIZ, 2004, p. 65).

Apesar dos esforços para a construção e consolidação de um campo autônomo para os direitos sexuais – que se refletem nos documentos mencionados acima –, até hoje não existe um tratado internacional vinculante que cuide, especifica e autonomamente, da questão. Como se verá adiante, com frequência os direitos sexuais são reivindicados a partir do

tratamento conjunto de "direitos sexuais e reprodutivos", sobretudo no âmbito doméstico, em que o uso da categoria é mais incipiente. Esse tratamento indiferenciado pode gerar uma série de efeitos negativos que comprometem a proteção da sexualidade e da identidade de gênero.

### 1.2. Trajetória do tratamento normativo da sexualidade

A literatura registra que a expressão "direitos sexuais" começou a ser empregada no contexto normativo no plano internacional a partir da década de 1990 (CORRÊA e HOWE, 2007, p. 171).[3] Entretanto, isso não significa que temas relacionados à sexualidade não viessem sendo tratados naquele âmbito muito antes disso.

Alice Miller (1999, p. 288) chama atenção, particularmente, para os mais de "noventa anos de tentativas de tratados internacionais em controlar o cruzamento de fronteiras por pessoas para fins de prostituição". Segundo a autora, a abordagem inicial da sexualidade no âmbito internacional tendia a privilegiar sexualidades dominantes a partir de uma perspectiva de controle ou proteção, elementos que estavam incluídos em discursos como aqueles presentes nas convenções que tratavam de "escravidão branca", conceito utilizado à época para se referir ao tráfico internacional de mulheres para fins de prostituição – que, ao mesmo tempo, excluía mulheres não brancas de sua esfera de proteção e formatava o que seria uma "boa" sexualidade ao abordar a violência sexual como "um ataque à honra de uma mulher" (MILLER, 1999, p. 292; 2000, p. 77).

Já aqui se observam contradições no tratamento jurídico da sexualidade. A pretexto de promover a proteção de mulheres, a sexualidade de mulheres não brancas é rebaixada e desconsiderada como objeto de proteção. Ao mesmo tempo, o exercício legítimo da sexualidade da mulher é condicionado àquilo que é "honrado", em oposição a manifestações de sexualidade consideradas desviantes. Em paralelo, são construídos discursos que demonizam certos homens a partir de estereótipos baseados em raça e nacionalidade e os retratam como perigosos e ameaçadores à pureza dessa mulher (branca), que deve ser protegida (LAMMASNIEMI, 2017).

Ao longo do século XX, outros aspectos da sexualidade e da identidade de gênero passaram a ser, progressivamente, abordados em espaços judiciais e não judiciais internacionais e regionais de direitos humanos, sobretudo a partir da década de 1990. Questões como violência sexual em conflitos armados, assim como escravidão sexual, foram discutidas já durante

3 Ilsa Lottes (2013, p. 371) chama atenção para o fato de que a expressão já havia sido utilizada em contextos domésticos anteriormente, como no Projeto de Lei sobre Direitos Sexuais e Responsabilidades, redigido por Lester Kirkendall e publicado em uma edição de 1976 da revista *The Humanist*, e no final da década de 1980, nas políticas de saúde e educação dos Países Baixos, da Dinamarca e da Suécia. A autora ressalta, contudo, que, "não obstante, apenas após a ICPD [Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento] o termo direitos sexuais foi destacado em publicações nórdicas".

a elaboração do Estatuto de Roma, que deu origem ao Tribunal Penal Internacional, e também a partir de casos que tratavam de genocídios como os ocorridos na antiga Iugoslávia e em Ruanda (MACKINNON, 1998, 2006).

Do mesmo modo, sistemas regionais de direitos humanos passaram a decidir casos que tratavam sobre os referidos temas. Desde o fim da década de 1980, a Corte Europeia de Direitos Humanos vem decidindo casos relacionados a abuso sexual,[4] criminalização da homossexualidade[5] e identidade de gênero de pessoas trans, tendo havido, com relação a esse último conjunto, alteração da jurisprudência nos anos 2000, a partir de quando se passou a reconhecer tais direitos, anteriormente negados (ECHR, 2018a). Ao longo dos anos, outros assuntos passaram a ser decididos pela referida corte, como orientação sexual[6] e divulgação pública de informações médicas individuais.[7] No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, destacam-se casos relativos a violência sexual (ALENCAR, 2017) e a direitos LGBT (RIOS *et al.*, 2017) que começaram a ter sua admissibilidade reconhecida a partir do final da década de 1990.

No sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), o caso Toonen *v.* Australia é considerado paradigmático. Na ocasião, em 1994, o Comitê de Direitos Humanos declarou que

4 Um dos casos pioneiros sobre estupro foi X and Y *v.* the Netherlands, de 26 de março de 1985. Para outros casos sobre abuso sexual de crianças e adolescentes, cf. ECHR (2011).

5 Cf. Dudgeon *v.* the United Kingdom, de 22 de outubro de 1981, e Norris *v.* Ireland, de 26 de outubro de 1988. Para mais casos, cf. ECHR (2014).

6 Em 1999, decidiu que homem homossexual vivendo com outro homem tinha direito de visitar sua filha que vivia com sua ex-esposa (Salgueiro da Silva Mouta *v.* Portugal, de 21 de dezembro de 1999) e que investigação sobre sexualidade de membros das forças armadas que resultou em sua exclusão violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos (Lustig-Prean and Beckett *v.* the United Kingdom e Smith and Grady *v.* the United Kingdom, de 27 de setembro de 1999) (ECHR, 2018b). A Corte Europeia de Direitos Humanos, após decidir, em 2010, que os Estados europeus não são obrigados a permitir casamentos entre pessoas do mesmo sexo devido "às conotações sociais e culturais profundamente enraizadas que podem diferir amplamente de uma sociedade para a outra" (Schalk and Kopf *v.* Austria, de 22 de novembro de 2010), entendeu, em 2013, que o Código Civil da Áustria discriminava homossexual por impossibilitar a adoção de filho biológico de seu parceiro, enquanto permitia esse tipo de adoção para casais heterossexuais não casados (X and others *v.* Austria, de 19 de fevereiro de 2013). No mesmo ano, duas outras importantes decisões foram tomadas no âmbito europeu: a que garantiu o direito de homossexuais constituírem uma família juridicamente reconhecida, invalidando lei grega sobre uniões estáveis que contemplava exclusivamente relacionamentos estáveis entre um homem e uma mulher (Case of Vallianatos and Others *v.* Greece, de 7 de novembro de 2013), e, no Tribunal de Justiça da União Europeia, a que decidiu que um estrangeiro homossexual que corra risco de perseguição no seu país de origem tem direito de receber asilo na Europa (Tribunal de Justiça da União Europeia, C 199/12 a C 201/12, 4ª Seção, 7 de novembro de 2013).

7 Em 1997, condenou a Finlândia em razão do vazamento da condição de portadora de HIV da aplicante em um contexto de procedimentos relativos a abuso sexual (Z. *v.* Finland, de 25 de janeiro de 1997).

as leis australianas que criminalizavam a sodomia violavam o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, especificamente seu art. 17, relativo à privacidade, e seu art. 26, concernente à igualdade e à vedação de discriminação, que, por sua vez, deveria ser interpretado de forma a incluir "orientação sexual" entre os critérios cuja utilização para discriminar seria proibida. A partir dessa decisão, outros órgãos de monitoramento da ONU passaram a tratar do tema da orientação sexual. Além do próprio Comitê de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher se manifestaram em questões como criminalização da homossexualidade, maus-tratos a LGBTs encarcerados, abusos contra a liberdade de associação e ao direito de proteção policial de ativistas LGBTs, impactos da orientação sexual na fruição de direitos como trabalho, habitação, saúde e acesso à água, entre outras (SAIZ, 2004, p. 51). Segundo Ignacio Saiz (2004, p. 53), "todos os tratados de direitos humanos mais importantes podem e têm sido invocados para desafiar uma miríade de violações baseadas em orientação sexual e identidade de gênero". Para além dos órgãos de monitoramento de tratados, relatórios de *experts* para analisar determinados temas ou países também contribuíram para consolidar a sexualidade como um direito humano (SAIZ, 2004, p. 54; MILLER, 1999, p. 289-290).

Igualmente, desde a década de 1990, conferências mundiais e organizações não governamentais nacionais e internacionais têm chamado atenção para questões de direitos humanos, gênero e sexualidade. Foi no âmbito dessas conferências que a utilização da expressão "direitos sexuais" começou a ganhar notoriedade.

### 1.3. As conferências internacionais da década de 1990

Em 1993, a II Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Viena, deu origem à Declaração e ao Programa de Ação de Viena. Ao tratar da temática da sexualidade, dispõe que "A violência e todas as formas de abuso e exploração sexual, incluindo o preconceito cultural e o tráfico internacional de pessoas, são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana e devem ser eliminadas" (parágrafo 18), ressalta a necessidade de "eliminar todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres" e inclui atos de caráter sexual, como "estupros sistemáticos, escravidão sexual e gravidez forçada" em conflito armado, como "violações de princípios fundamentais dos instrumentos internacionais de direitos humanos e do direito humanitário" (parágrafo 38). Além de abordar direitos das mulheres, determina que "A exploração e o abuso de crianças devem ser ativamente combatidos, atacando-se suas causas" e busca combater "a prostituição infantil, a pornografia infantil e outras formas de abuso sexual" (parágrafo 48).[8]

8 O parágrafo 21 estabelece ainda o fortalecimento dos mecanismos de proteção à infância em especial,

Essa conferência, no que tange ao tratamento da sexualidade, segue a linha do que estava estabelecido em convenções anteriores. Desde 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção CEDAW) dispunha sobre a obrigação dos Estados-partes de tomarem "todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo", para "suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher"[9] (art. 6°). A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, por sua vez, determinava desde 1989 o combate a "maus-tratos ou exploração, incluindo a violência sexual" (art. 19, 1), e à exploração e ao abuso sexual, incluindo a prostituição e a pornografia infantis (art. 34). A Conferência de Viena inova, contudo, ao estabelecer que o estupro em situações de guerra é "um crime contra os direitos humanos" (CORRÊA, 2001, p. 30).

No ano seguinte, 1994, com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo), a questão da saúde sexual entrou na agenda dos direitos humanos. O Programa de Ação da conferência traz um capítulo dedicado a direitos e saúde reprodutiva, que dispõe sobre informação, educação e assessoramento em matéria de sexualidade humana, saúde reprodutiva e paternidade responsável, planejamento familiar, doenças sexualmente transmissíveis e prevenção do vírus da imunodeficiência adquirida (HIV) e saúde reprodutiva e sexual de adolescentes, em especial gravidez não desejada, aborto em más condições e doenças sexualmente transmissíveis. Contém, ainda, previsões relativas à educação sexual e à proteção de mulheres, jovens e crianças contra abusos, incluindo abuso sexual, exploração e violência sexuais, tráfico com fins sexuais e de meninas e mulheres, e mutilação genital e práticas correlatas.

Pela via da saúde e dos direitos reprodutivos, a questão da sexualidade começava a aparecer de uma nova maneira (CORRÊA, 2001). Nas palavras de Rosalind Petchesky (2001, p. 118-120), no Cairo, a sexualidade "começou a infiltrar-se em documentos internacionais como algo positivo, ao invés de sempre violenta, abusiva, ou santificada e escondida pelo casamento heterossexual e pela criação de crianças". Para algumas autoras, esse passo foi fundamental para o reconhecimento posterior do direito das mulheres a terem controle sobre sua própria sexualidade (JOHNSON e TURNBULL, 1995, p. 256). Isso porque foi a "primeira vez que representantes de cerca de 180 países reconheceram que a saúde sexual era uma parte vital do bem-estar físico e psicológico de uma pessoa" (LOTTES, 2013, p. 372).

• • •

entre outros, "das crianças abandonadas, das crianças de rua, das crianças econômica e sexualmente exploradas, incluindo as que são vítimas da pornografia e prostituição infantis".

9 Art. 12, 1. Referido artigo previa igualmente a "assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância". A Convenção CEDAW contém, ainda, em seu art. 16, 1 dispositivos relacionados ao matrimônio, ao planejamento familiar e à parentalidade.

À época, os principais focos de atenção dos movimentos de mulheres eram a discussão sobre o uso da expressão "direitos reprodutivos" ou "saúde reprodutiva" e a necessidade de superar o paradigma demográfico que imperava até então, segundo o qual a reprodução era examinada a partir da perspectiva do controle populacional (CORRÊA, 1997, p. 109-110). Em janeiro de 1994, em reunião preparatória no Rio de Janeiro, ter-se-ia atingido um consenso para promover as questões relacionadas à reprodução não mais sob a perspectiva meramente demográfica, mas sob a ótica da indivisibilidade dos direitos humanos e da exigência de condições econômicas, políticas e sociais que permitissem seu exercício (CORRÊA, 1997, p. 109-110).[10] Para fazer valer esse ponto de vista, as feministas se aliaram a grupos de defesa do meio ambiente e do planejamento familiar interessados em manter, no documento final, itens relativos à contracepção (GIRARD, 2009, p. 169). As primeiras referências às "questões sexuais" surgiram às vésperas da conferência e foram introduzidas por delegações como a da Noruega e a da Suécia no Programa de Ação. No Cairo, feministas teriam trabalhado para incluir "direitos sexuais" no parágrafo 7.3, em que são definidos os direitos reprodutivos. Buscavam, assim, radicalizar o debate para poderem barganhar e forçar a manutenção destes últimos no texto final, como de fato veio a ocorrer (CORRÊA, 1997, p. 109-110). Nesse sentido, embora algumas questões relativas à sexualidade tenham entrado na versão final dos documentos que decorreram da Conferência do Cairo, referências a "direitos sexuais" e a "orientação sexual" presentes em minutas preliminares não foram incluídas na versão final do Programa de Ação (GIRARD, 2007, p. 319 *et seq*).

O grande avanço ocorrido na Conferência do Cairo, portanto, foi que a sexualidade, que aparecia no sistema ONU "apenas como algo a ser regulado em prol do interesse da ordem, da moralidade ou da saúde pública, pela primeira vez, foi reconhecida como um aspecto fundamental e positivo do desenvolvimento humano" (SAIZ, 2004, p. 50).[11] Além disso, a presença no texto final do termo "direitos reprodutivos", "historicamente ligados às demandas feministas em relação ao aborto e à contracepção", representa "avanço de nomenclatura", uma vez que vai além do "termo em certa medida mais dócil" "saúde sexual" e "impõe a abertura de novas discussões em torno da sexualidade" (VIANNA e LACERDA, 2004, p. 27). Finalmente, os homens foram retratados como "corresponsáveis na problemática da reprodução" (VIANNA e LACERDA, 2004, p. 31).

10 Nesse sentido, Miriam Ventura (2002, p. 18) aponta que "[a] questão demográfica é então deslocada para o âmbito dos direitos reprodutivos e do desenvolvimento. A noção de que os direitos reprodutivos fazem parte dos direitos humanos básicos e devem orientar as políticas relacionadas à população firmam-se e avançam".

11 O autor ressalta ainda que, no mesmo ano, foi nomeada relatoria especial sobre violência contra mulheres, "cuja análise do link entre controle da sexualidade feminina e violência contra mulheres levou, no fim das contas, a uma afirmação pioneira dos direitos das mulheres à autonomia sexual" (SAIZ, 2004, p. 50).

Por outro lado, o processo de aprovação do documento final revela a enorme resistência aos "direitos sexuais", que sistematicamente "permaneciam entre colchetes [para serem submetidos a negociações posteriores] até serem descartados em prol do 'consenso'".[12] Nota-se que as referências à sexualidade, mais uma vez, mantiveram sua ênfase voltada para os direitos das mulheres e das crianças e, embora a sexualidade tenha adquirido uma perspectiva mais positiva, continuou sendo tratada de forma limitada – vinculada à reprodução e/ou à saúde[13] – e apresentada em uma chave cis-heteronormativa.

No ano seguinte, ocorreu a IV Conferência Mundial sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento, conhecida como Conferência de Beijing. Na ocasião, o Programa da Conferência avançou em termos de saúde sexual e direitos reprodutivos a partir do que havia sido estabelecido no Cairo. Foi o que ocorreu, por exemplo, em relação ao direito ao aborto. Enquanto no Cairo o aborto inseguro foi reconhecido como um problema de saúde pública (parágrafo 8.25), em Beijing recomendou-se "considerar a possibilidade de rever as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais", deixando, todavia, tal tarefa a cargo dos poderes legislativos domésticos (parágrafo 106, k).

No que tange aos direitos sexuais, o parágrafo 96 da Plataforma de Ação dispôs que:

> 96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências.

Referido parágrafo é celebrado como extremamente significativo. Isso porque, mesmo diante das resistências e dos impasses entre os países, já revelados no Cairo no ano anterior, ter-se-ia consagrado o controle da mulher sobre a própria sexualidade, a ser exercida livre de coerção, discriminação e violência, e em igualdade em relação aos homens, além das ideias de consentimento e responsabilidade comuns (CORRÊA, 1997, p. 109-110).[14] Segundo Rosalind Petchesky (1995, p. 155), trata-se da "mais clara afirmação até então, em qualquer documento

12 O autor em questão refere-se especificamente à expressão "orientação sexual" (SAIZ, 2004, p. 58).

13 "7.4 A implementação do presente Programa de Ação deve ser orientada pela supramencionada definição global de saúde reprodutiva, que inclui saúde sexual."

14 E, ainda, "A Declaração de Beijing e a Plataforma de Ação, em particular, foram grandes marcos para o reconhecimento da autonomia sexual e reprodutiva como uma base central dos direitos humanos das mulheres" (SAIZ, 2004, p. 59).

internacional, de que mulheres – sem referência a idade, estado civil ou orientação sexual – têm o direito humano à liberdade sexual".

Todavia, assim como ocorreu no Cairo, a expressão "direitos sexuais" e as referências a "orientação sexual" presentes em minutas preliminares não foram incluídas na declaração final e na Plataforma de Ação resultante da conferência (GIRARD, 2007). Um dos relevantes fatores apontados para que isso tenha ocorrido foi a resistência de países católicos e muçulmanos, articulada pela Santa Sé, à inclusão de direitos relativos à "liberdade de orientação sexual e direitos sexuais que não fossem consentâneos com os códigos sexuais familiares".[15] Essa disputa entre os campos progressista e conservador não se limitava à sexualidade, mas se espraiava por debates como os concernentes ao direito ao aborto e ao uso do termo "gênero" (em oposição a "sexo") (BUNCH e FRIED, 1996, p. 202).

Especificamente em relação ao parágrafo 96, o compromisso atingido envolvia abandonar o uso da expressão "direitos sexuais" para que seu conteúdo fosse mantido (JOHNSON e TURNBULL, 1995, p. 256). Mais uma vez, a sexualidade foi abordada de maneira limitada – apenas no contexto das mulheres e meninas e "ainda implicitamente dentro da capa da saúde e dos direitos reprodutivos, ou da proteção contra violência" (MILLER e ROSEMAN, 2011b, p. 105). Além disso, ao conectar o exercício da sexualidade aos direitos reprodutivos de casais cis-heterossexuais, o referido dispositivo excluiu diversas violações de direitos experienciadas por mulheres lésbicas (MILLER, ROSGA e SATTERHWAITE, 1995, p. 437) e trans.

15 Lia Zanotta Machado (1995, p. 420-421) descreve o processo de negociação: "O famoso parágrafo 97 representava uma forma bem mais branda do que pretendera a União Europeia com a expressão mais contundente e direta de direitos sexuais das mulheres [...] A palavra sexualidade pesava. O maior temor é que incluísse direitos a liberdade de orientação sexual e direitos sexuais que não fossem consentâneos com os códigos sexuais familiares. Num esforço derradeiro foi proposta a substituição da expressão sexualidade por vida sexual [...] Por que vida sexual parecia mais palatável. Tudo indicava que sexualidade era entendida como remetendo diretamente a orientação sexual e vida sexual a heterossexualidade do casamento. [...] No último momento, no entanto, as delegações do Irã e da Argentina se pronunciaram radicalmente contrárias. Talvez tivessem percebido que afinal não haveria muita diferença entre aprovar direitos relativos a vida sexual ou direitos relativos a sexualidade. [...] Uma nova proposta no interior do grupo informal apontou em direção ao âmago de toda a Conferência: Por que não afirmar os direitos a vida sexual desde que respeitados os direitos da família? Insuficiente condição disseram uns e veio a proposta final feita e aprovada em não mais de um minuto a condição do pleno respeito das particularidades culturais. Levada ao pleno no Grupo de Trabalho sobre a Declaração, a posição da União Europeia seguida por tantos outros países progressistas foi nem pensar. Ou bem se respeitam as particularidades culturais ou bem se respeitam os direitos universais e individuais a sexualidade. No final da Conferência a Plataforma de Ação manteve o Parágrafo 97, mas mais de 40 países fizeram reservas e nenhuma menção foi feita a direitos sexuais na Declaração Política. Um século ou um milênio segundo o desejo explicitado de algumas delegações será o tempo necessário para que os países concordem em afirmar a existência de direitos sexuais para as mulheres".

Especificamente em relação às mulheres lésbicas, registra-se sua intensa mobilização à época da conferência, o que levou à inclusão, em documentos preparatórios, de cinco parágrafos contendo expressões como "orientação sexual", "direitos sexuais" e "autonomia sexual", todas entre colchetes e todas posteriormente descartadas (WILSON, 1996, p. 216-217).

Como visto ao longo deste item, na trajetória das conferências dos anos 1990 sobre direitos das mulheres houve um progressivo avanço no tratamento da sexualidade, evidenciando-se, a cada etapa, limites e tensões. Em Viena, em prol da proteção de mulheres e crianças, abusos e violências de cunho sexual, incluindo o estupro, passaram a ser vistos como violações de direitos humanos. Entretanto, a sexualidade continuava sendo abordada apenas de maneira negativa, sob a perspectiva da necessidade de proteção contra o abuso e a violência. No Cairo, por sua vez, a sexualidade passou a ser tratada, sob a ótica da saúde sexual, de maneira mais positiva, como fator fundamental para o desenvolvimento do ser humano (e não como mero instrumento a serviço da coletividade, superando-se o paradigma demográfico). Finalmente, em Beijing ocorreu a afirmação mais explícita da liberdade sexual das mulheres.

Apesar da evolução verificada nas sucessivas conferências, o tratamento da sexualidade permaneceu vinculado à saúde e/ou atrelado aos direitos reprodutivos de casais cis-heterossexuais, e em nenhum dos documentos finais das conferências mencionadas foram mantidas as referências a "orientação sexual", "direitos sexuais" e "autonomia sexual". Em outras palavras, a viabilização dos avanços no campo da saúde sexual e dos direitos reprodutivos ocorreu à custa da domesticação da ideia de sexualidade, em que aspectos considerados mais controversos foram utilizados como moeda de troca durante as barganhas políticas ocorridas nas conferências até serem, finalmente, excluídos.

Em suma, superadas algumas das contradições iniciais presentes na discussão jurídica sobre sexualidade na esfera internacional (em especial a visão demográfica e/ou negativa da sexualidade), outros limites se mantiveram nos documentos finais produzidos nas conferências ocorridas nos anos de 1990 (como o atrelamento às ideias de saúde e reprodução e a exclusão de manifestações tidas como desviantes, notadamente por meio da retirada das expressões "orientação sexual" e "autonomia sexual").

### 1.4. Anos 2000 e além: avanços e obstáculos

Nos anos que se seguiram, o avanço dessas pautas foi prejudicado por uma série de fatores. Segundo Françoise Girard (2009, p. 171-172), nas reuniões de revisão após cinco anos das conferências originais (ICPD+5, em 1999, e Beijing+5, em 2000), foram verificadas a consolidação da aliança conservadora já iniciada entre Vaticano e países muçulmanos, a ascensão do conservadorismo nos Estados Unidos, a presença de diplomatas profissionais em vez de especialistas em saúde (como havia ocorrido nas conferências originais) e a decisão dos países em desenvolvimento (G-77) de manifestarem voto único como forma de obter avanços em pautas de justiça econômica (não obstante manifestações individuais de países latino-americanos como Brasil e Peru, que formaram uma frente progressista).

Dez anos após as conferências originais, em razão do clima político conservador liderado pelo governo de George W. Bush nos Estados Unidos, ativistas de direitos e saúde das mulheres, assim como governos progressistas, opuseram-se à realização de conferências globais de revisão temendo reabrir os debates e acarretar mais perdas do que ganhos (GIRARD, 2009, p. 173). Nesse contexto, em 2004 o Brasil propôs adiar discussão na Comissão de Direitos Humanos da ONU sobre resolução relativa à orientação sexual que havia encaminhado no ano anterior em razão da forte oposição de governos que argumentavam "não se tratar de assunto apropriado para a consideração de um órgão de direitos humanos" (SAIZ, 2004, p. 50).

Apesar dos avanços do conservadorismo, comentadores chamam atenção para o fato de que a "participação e a visibilidade" de grupos pró-reconhecimento de direitos relativos à orientação sexual aumentaram ao longo dos anos 2000, assim como o número de países e instituições de direitos humanos que passaram a encampar essa agenda (SAIZ, 2004, p. 59). Nesse cenário, foram editadas, pela sociedade civil, as declarações mencionadas no item 1.1 (Princípios de Yogyakarta, Declaração sobre Direitos Sexuais da World Association for Sexual Health, Declaração sobre Direitos Sexuais da International Planned Parenthood Federation e outras). Contudo, tanto essas declarações, oriundas de entidades e articulações não governamentais, quanto os documentos resultantes das Conferências de Viena, Beijing e do Cairo, que são declarações políticas, não são juridicamente vinculantes para os Estados.

Até hoje não existe um tratado de direitos humanos que trate especificamente de direitos sexuais, embora, como visto, haja em diversos tratados internacionais dispositivos esparsos que abordam temas relativos à sexualidade. Esse fato reflete a ideia de que a "consolidação da problemática dos direitos sexuais tenha passado, em termos de encontros internacionais, pelas temáticas da população ou da mulher, não se constituindo como um campo específico de regulação, mas sendo incluído em áreas já legitimadas" (VIANNA e LACERDA, 2004, p. 25).

Como visto, o atrelamento dos direitos sexuais a outras pautas contribuiu para que certos aspectos da sexualidade fossem obliterados ou desfavorecidos no âmbito do debate internacional. Nesse sentido, o alcance dos "direitos sexuais" se viu em disputa, sendo utilizados para promover dois diferentes grupos de direitos, que obtiveram, ao longo do tempo, graus de avanço distintos na esfera internacional. De um lado, direitos relativos a acesso a serviços de saúde relacionados à sexualidade e à reprodução, incluindo planejamento familiar, informação e educação. De outro, direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero.

Enquanto movimentos de mulheres promoviam o primeiro conjunto de direitos, o segundo foi trazido ao debate público por ativistas no campo do HIV/AIDS, de início preocupados com homens que têm relações sexuais com homens e direitos de pessoas *gays*.[16]

16 Descrevendo essa divisão em relação ao uso do termo "gênero", cf. Miller (2011).

Em diversos momentos, tais grupos disputaram não só prioridades e estratégias, mas também financiamento e credibilidade.[17] Para alguns comentadores, organizações tradicionais de direitos humanos temiam o envolvimento com temas que pudessem gerar "risco social ou governamental", como reações homofóbicas de seus próprios membros ou perda de *status* perante governos (ROTHSCHILD, 2004, p. 166). Para outros, além da LGBTfobia, outros fatores concernentes a "uma certa bagagem ideológica" teriam contribuído para a supressão de temas relacionados à sexualidade por parte de atores mais tradicionais no contexto dos direitos humanos.[18]

Esses debates, em especial nas Nações Unidas, "ergueram uma linha de Maginot política entre 'sexual' e 'reprodutivo' e entre 'saúde' e 'direitos' como parâmetro de legitimidade" (MILLER e ROSEMAN, 2011a, p. 333). Na polarização, "saúde" e "reprodutivo" estariam de um lado, e "direito" e "sexual", de outro. Os primeiros denotariam "'bom comportamento' e [seriam] vistos como conceitos aceitáveis por instituições" (CORRÊA, 1997, p. 110), muitas vezes limitados ao entendimento tradicional relacionado à saúde materna e infantil e ao planejamento familiar. Já os segundos seriam enxergados como mais radicais, o que os levaria a serem "minimizados ou excluídos no desenho ou aplicação de políticas públicas" (CORRÊA, 1997, p. 110). Mesmo a ênfase na saúde sexual (como uma tentativa de meio-termo) é criticada por encerrar um risco de que a visão do sexo como uma prática "saudável" possa descambar

• • •

17 Marge Berer (2011, p. 6-7) aponta, entre outros fatores que contribuem para essa divisão, "que as iniciativas verticais de saúde global (financiamento), que agora representam a maior parte do financiamento para a saúde global, excluem a atenção às doenças sexuais e reprodutivas (com exceção do HIV/AIDS, que é muito bem financiado, e saúde materna, neonatal e infantil, em que a grande maioria do financiamento não é para mulheres); que os órgãos de direitos humanos estão muito afobados para promover e defender o direito ao aborto, mesmo que agora se sintam capazes de apoiar certos equipamentos sexuais; que abusos de saúde e direitos sexuais e reprodutivos podem ser uma causa e/ou consequência de outros abusos de direitos humanos e, ainda assim, são raramente mencionados em outras lutas pelos direitos humanos; que, embora a importância global do papel dos profissionais de saúde, especialmente em relação ao HIV, à necessidade de um papel estatal forte e à centralidade da participação destes profissionais nos debates sobre políticas tenham sido acordados na 53ª sessão da Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW), o quadro de atuação dos profissionais de saúde também restringiu o debate, particularmente sobre os direitos das pessoas com deficiência e as variações na formação da família, devido à participação de ONGs conservadoras; e que o ressurgimento da oposição aos direitos sexuais e reprodutivos, encabeçado pelo Vaticano, conspira paralelamente, competindo as prioridades para afastar grande parte do trabalho em nosso campo, apesar de quanto ainda resta a ser realizado".

18 "[…] o legado da esquerda; os preconceitos econômicos e as desconfianças do individualismo burguês; o legado do nacionalismo e a desconfiança do imperialismo cultural do Ocidente; o legado pós-modernista de Foucault, que tanto 'descobriu' como registrou o 'eu' sexual como uma ilusão do Iluminismo europeu" (PETCHESKY, 1999, p. 33).

tanto para a "medicalização de todos os aspectos da sexualidade" quanto para a exclusão de práticas que sejam consideradas "não saudáveis" ou "pervertidas" (MILLER, 2000, p. 70).

Nesse contexto, a fusão entre direitos reprodutivos e sexuais teria feito com que os segundos passassem a ser vistos como uma categoria subordinada e condicionada aos primeiros, o que faz com que certas práticas sexuais não procriativas e/ou não cis-heterossexuais estejam fora do seu âmbito de proteção, sendo relegadas "à regulação moral, religiosa ou criminal" (MILLER, 2000, p. 70). Além disso, a associação com os direitos reprodutivos faz com que toda uma miríade de pessoas não seja enxergada como sujeitos de direitos sexuais, como pessoas de certa idade (idosos, por exemplo), pessoas de identidades de gênero não conforme e, frequentemente, homens (MILLER, 2000, p. 70).

Em síntese, as contradições observadas no tratamento dos direitos sexuais durante as conferências internacionais dos anos 1990 refletiram-se na fragmentação das abordagens sobre sexualidade e identidade de gênero nos anos 2000, em franca contrariedade às ideias de indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos humanos. Nesse processo, os direitos sexuais passaram a ser vistos como uma categoria subordinada e condicionada aos direitos reprodutivos, o que contribuiu para marginalizar certas práticas, identidades e agendas não hegemônicas.

## 2. Os direitos sexuais no Brasil

### 2.1. Debate sobre os direitos sexuais no Brasil

A discussão sobre direitos sexuais adentra o debate brasileiro a partir da literatura especializada. Neste item, serão apontadas obras que pioneiramente se debruçaram sobre os "direitos sexuais", contribuindo para a construção do campo e de seu significado.[19]

A partir da década de 1970, "com a emergência dos movimentos feminista e homossexual, além do interesse pelo tema por parte de organismos e agências internacionais, as Ciências Sociais voltaram o olhar para as temáticas da mulher e da sexualidade" (CITELI, 2005, p. 17). O uso da expressão "direitos sexuais" no Brasil, porém, remonta à segunda metade da década de 1990 e dialoga com o debate que vinha ocorrendo no âmbito internacional. Em artigo de 1995 sobre o tema, Lia Zanotta Machado discute resultados e limites da IV Conferência sobre

19 Pesquisa realizada pela expressão exata "direitos sexuais" na biblioteca do Senado Federal. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/biblioteca. Acesso em: 20 dez. 2018. A única entrada anterior é artigo de jornal de 1987 intitulado "Direitos sexuais têm apoio de 47 constituintes". *Folha de São Paulo*, 9 de junho de 1987. Em pesquisa realizada no portal de periódicos da Capes, as primeiras entradas referem-se à edição da revista *Estudos Feministas* e seus respectivos artigos aqui mencionados.

a Mulher em Beijing e vincula a perspectiva de gênero ao reconhecimento da liberdade sexual de homens e mulheres.[20] Na mesma edição da revista *Estudos Feministas*, a expressão é também utilizada por Maria Luiza Heilborn e Maria Aparecida Schumaher, ambas em alusão à referida conferência, indicando que o uso da expressão "direitos sexuais" no Brasil se deu a partir do debate ocorrido naquele contexto.

No ano seguinte, Maria Betânia Ávila e Taciana Gouveia (1996, p. 165) procuraram diferenciar direitos reprodutivos e sexuais, afirmando serem os segundos "uma temática nova" que, "de modo geral, nas formulações feministas vêm comumente atrelados à saúde e aos direitos reprodutivos". Em seu trabalho, as autoras alertam, contudo, que a junção desses direitos pode ir na contramão dos esforços dos movimentos feministas ao limitar a sexualidade da mulher às ideias de maternidade e reprodução. Nesse sentido, chamam atenção para a tensão que existe entre gênero e sexualidade. Por um lado, afirmam que, em nossa sociedade, a vivência sexual se constrói a partir das relações de gênero e, ao mesmo tempo, o "tornar-se homem ou mulher" ainda está atrelado à vivência sexual. Por outro, sinalizam que essa ideia de sexualidade é "excludente", uma sexualidade "reduzida", limitada a "um casal formado por um homem e uma mulher, casados, monogâmicos e que mantêm a estrutura ativo/passivo, não só no ato em si como também na vida cotidiana" (ÁVILA e GOUVEIA, 1996, p. 167). E chamam atenção para o fato de que a intensa regulação da sexualidade convive com o fato de ser "o lugar por excelência da transgressão".[21]

Em 2001, edição do *Jornal da RedeSaúde* "é dedicada ao debate sobre os direitos sexuais como uma questão de direitos humanos, que vem apresentando novos desafios ao movimento de mulheres na definição de sua pauta e de suas estratégias de advocacy". A edição conta com onze contribuições que abarcam "leque amplo de discussões sobre os direitos sexuais, que incluem, além dos direitos de gays e lésbicas e dos/as heterossexuais, outros temas polêmicos e atuais, como a violência sexual, a mutilação genital e a prostituição forçada" (JORNAL DA REDESAÚDE, 2001).

Embora a apresentação da edição anteriormente reproduzida defina "direitos sexuais" de maneira ampla, abrangendo pautas feministas e LGBTs, o artigo que a apresenta e introduz,

20 Veja-se: "Aí entra-se direta e frontalmente no entendimento da noção de direitos sexuais e no confronto entre direitos familiares e direitos individuais e entre o respeito à diversidade cultural e o respeito aos direitos individuais. A perspectiva de gênero vista pelo lugar do conflito político do conceito parece estar assim estreitamente vinculada à ideia de liberdade de opção sexual e à ideia de que homens e mulheres são iguais para optarem por diferentes formas de viver sua sexualidade" (MACHADO, 1995, p. 419).

21 No mesmo ano, Sonia Corrêa e Rosalind Petchesky (1996) trataram de questões relativas à sexualidade, como "o prazer sexual e o direito de expressá-lo de formas diversificadas e não estigmatizadas", sob a expressão "direitos sexuais e reprodutivos", sem, contudo, diferenciar explicitamente seu conteúdo.

de autoria de Gilberta Santos Soares (2001, p. 5), revela que a associação entre essas pautas não é automática nem livre de tensões:

> Reconhecer que o feminismo, em sua contemporaneidade, apresenta um conjunto de afinidades com o movimento de defesa dos direitos de lésbicas e gays e que ambos despontam como movimentos sociais que têm contribuído decisivamente para a mudança de costumes e valores na sociedade brasileira implica a necessidade de assumir o desafio de favorecer o diálogo, a confrontação e a proximidade das ações, teorias e análises feministas e homossexuais. Para tanto, faz-se necessário reconhecer que a clandestinidade do lesbianismo, pouco estudado e ainda carente de visibilidade social, reproduziu-se no interior do feminismo, produzindo um vácuo e o distanciamento das ações das ativistas lésbicas e feministas, assim como deixando internamente uma lacuna na abordagem dos direitos das mulheres lésbicas.

Para além da tensão política entre movimentos, a autora chama atenção para o fato de que, não obstante ter o feminismo sempre tido "a sexualidade e a liberdade sexual como um princípio fundamental de luta [...], essa discussão esteve prioritariamente articulada ao campo reprodutivo e a construção teórica e política da escolha da sexualidade como direito deu-se no marco da vivência heterossexual, ainda que a liberdade de escolha sexual tenha estado presente no campo da vida privada de muitas mulheres feministas" (SOARES, 2001, p. 5).

Nesse ponto, é importante notar que Gilberta Santos Soares, na afirmação transcrita, conecta a dimensão da disputa política em torno dos direitos sexuais com a dimensão teórica relacionada aos debates dentro do próprio feminismo, conclamando uma leitura mais ampla e inclusiva. Nesse sentido, relatório de 2004 produzido pelo Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM), vinculado ao Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), intitulado "Direitos e políticas sexuais no Brasil: o panorama atual", abarca temas como "orientação sexual, prostituição, violência sexual, censura e pornografia, saúde reprodutiva e aborto, DST/AIDS" (VIANNA e LACERDA, 2004, p. 11). Além de ampliar o rol das temáticas abrangidas pelo debate acerca de direitos sexuais, buscando articular feminismo e pautas LGBT, referido relatório faz menção a diplomas internacionais, mas tem seu foco voltado para a legislação brasileira concernente a esses temas.

Já no contexto da literatura jurídica nacional, Roger Raupp Rios (2007) incorpora essa abertura dos direitos sexuais ao propor a construção de um "direito democrático da sexualidade" e chama atenção para a necessidade de princípios capazes de abarcar "questões identitárias vinculadas à expressão da sexualidade (onde se inserem, principalmente, os temas das homossexualidades), as relações homossexuais propriamente ditas e suas consequências (campo que alcança matérias diversas como consentimento, violência e aborto) e a busca da

fundamentação dos direitos sexuais (historicamente atada à ideia de saúde sexual)" (RIOS, 2006, p. 73). Em uma perspectiva normativa, o autor propõe a complementação dos "direitos sexuais", ancorados nas ideias de liberdade, igualdade e dignidade com um elemento democrático visando a assegurar a "participação dos beneficiários e destinatários das políticas públicas a serem desenvolvidas" por um "direito democrático da sexualidade" (RIOS, 2006, p. 84). Laura Davis Mattar (2008, p. 65), por sua vez, busca diferenciar direitos sexuais e reprodutivos a partir de sua trajetória histórica, enfatizando que a dificuldade ainda hoje observada de se "separar a prática do sexo da finalidade da reprodução", entre outras razões, teria contribuído para que a formulação e o reconhecimento jurídico dos direitos reprodutivos estivessem mais desenvolvidos que a dos direitos sexuais.

Como se vê, desde o início dos debates sobre o assunto no Brasil, houve preocupação em discutir o conceito de direitos sexuais de uma maneira crítica, propondo uma abordagem inclusiva e apontando para os riscos de limitar os direitos sexuais à saúde e à reprodução, em uma chave cis-heterossexual que apagasse, por exemplo, as pautas trans e homossexuais. No próximo item, verificaremos que isso não necessariamente se refletiu nos usos jurídico e político do conceito de direitos sexuais pelas instâncias governamentais no Brasil, que, por um lado, pouco adotaram a noção e, por outro, quando o fizeram, restringiram-se aos temas da saúde, particularmente reprodutiva, e aos direitos das mulheres, sobretudo no que concerne à violência.

## 2.2. Uso da expressão "direitos sexuais" no âmbito estatal no Brasil

A Constituição brasileira, como quase todas as constituições em vigor,[22] não contém a expressão "direitos sexuais". No que tange à temática da sexualidade, embora o debate jurídico sobre

• • •

22 A exceção é a Constituição da Bolívia de 2009, que em seu art. 66 dispõe acerca da garantia a "mulheres e homens [d]o exercício de seus direitos sexuais e seus direitos reprodutivos". Além de assegurar direitos sexuais e reprodutivos a homens e mulheres, referida constituição veda a discriminação por orientação sexual e garante a todas as pessoas o direito à "integridade sexual". Além dessas cláusulas gerais, assegura o direito de todos, em especial mulheres, de não sofrerem violência sexual, e dispõe sobre a obrigação do Estado de "prevenir, eliminar e punir" violência sexual ou sofrimento sexual na família bem como na sociedade. Ainda no contexto sul-americano, a Constituição do Equador se destaca por sua abrangência e detalhamento no tratamento da sexualidade, ainda que não empregue a expressão "direitos sexuais". Aprovada por referendo popular em 2008, a Constituição equatoriana veda a discriminação por orientação sexual e HIV (art. 11) e estabelece o dever de todos os cidadãos de respeitar e reconhecer diferenças de gênero, orientação sexual e identidade (art. 83). Estabelece, igualmente, o dever do Estado de promover a saúde reprodutiva e sexual (art. 32) e em especial das mulheres, principalmente durante a gravidez, o parto e o pós-parto (art. 363). Prevê, ainda, a prioridade de acesso a serviços públicos e privados a pessoas vítimas de violência doméstica e sexual (art. 35); o dever do Estado de proteção contra exploração sexual de crianças e adolescentes (art. 46); o dever do Estado de salvaguardar a integridade corporal, psicológica e sexual dos estudantes (art. 347); a exceção ao privilégio de não testemunhar contra parentes e

o tema tenha se dado de maneira ampla durante a Assembleia Constituinte de 1987-1988,[23] o texto final da Constituição limitou-se a estabelecer a punição à violência sexual contra criança e adolescente.[24] Previu, ainda, o livre planejamento familiar como um direito do casal.[25] Como se vê, o texto constitucional de 1988 é marcado, de um lado, por uma dimensão protetiva da sexualidade, que busca assegurar a proteção estatal de mulheres e crianças contra violação de direitos decorrentes do uso violento ou abusivo da sexualidade, e, de outro, por uma dimensão reprodutiva, refletida na ideia de livre planejamento familiar. Aspectos como a vedação de discriminação por orientação sexual, embora tenham sido objeto de debate, foram deliberadamente deixados de fora do texto final.[26]

Embora o Estado brasileiro viesse lidando com questões relativas à sexualidade nas décadas anteriores, inclusive por meio de programas como o Programa de Combate à AIDS, iniciado na década de 1980 (GALVÃO, 2000), a expressão "direitos sexuais" começa a ser utilizada nesse âmbito apenas a partir dos anos 2000 e seu uso mantém-se de certa maneira esporádico, sem necessariamente incorporar os debates trazidos pela literatura especializada nacional e estrangeira.

Na esfera do Executivo federal, seu emprego se dá por meio da expressão "direitos sexuais e reprodutivos", uso que é mantido ao longo dos anos nos três documentos em que foi encontrada (um de 2003, um de 2005 e um de 2017).[27] Paralelamente, o Ministério da

companheira(o) em caso de violência sexual, doméstica e de gênero (art. 77); e a existência de procedimentos especiais para julgar e punir crimes sexuais (art. 81). Por fim, o art. 66, que é o primeiro artigo do capítulo dos "Direitos de Liberdade", estabelece o direito à integridade sexual como parte da integridade pessoal, o direito de tomar decisões "livres, informadas, voluntárias e responsáveis" sobre sexualidade e orientação sexual, e o direito de guardar reserva sobre informações sobre a vida sexual individual.

23 Veja-se, por exemplo, a carta das mulheres encaminhada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher aos constituintes. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf. Acesso em: 3 abr. 2020.

24 Art. 227, § 4º: "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

25 Art. 226, § 7º: "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

26 Embora a articulação visando a incluir a discriminação por orientação sexual tenha sido derrotada naquela ocasião e posteriormente no processo de revisão constitucional, a demanda foi contemplada nas Constituições Estaduais e nas leis orgânicas municipais (RIOS, 2001). Posteriormente, Piauí e Distrito Federal. Sobre o tema, cf. Rios (2001).

27 Decreto não numerado de 27 de agosto de 2003 instituiu "Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de promover o debate nacional sobre os direitos sexuais e direitos reprodutivos, com ênfase na paternidade

Saúde, a partir de 2005, também passa a utilizar a expressão associada à ideia de planejamento familiar com ênfase em direitos de mulheres e adolescentes.[28]

A partir de 2009, contudo, o Ministério da Saúde passa a adotar uma definição de direitos sexuais mais ampla, com um conteúdo próprio e que abarca diferentes aspectos da sexualidade. Veja-se: "[o] Direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições", "[o] Direito de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas crenças", "[o] Direito de viver a sexualidade independentemente de estado civil, idade ou condição física", "[o] Direito de ter relação sexual independente da reprodução", "[o] Direito ao sexo seguro para prevenção da gravidez indesejada e de DST/HIV/AIDS", e "[o] Direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade e sem discriminação" (BRASIL, 2009, p. 4).

Em documentos posteriores, o órgão expande essa definição, fundamentando os direitos sexuais na Constituição Federal, diferenciando-os explicitamente dos direitos reprodutivos e chamando atenção para os diferentes sujeitos e grupos que "têm seus direitos humanos infringidos em função da sexualidade" e para os quais "se acha que a reprodução não deve acontecer":

> Assim, entre os direitos considerados fundamentais para o exercício da cidadania e inerentes à condição de pessoa que vive em sociedade, estão os Direitos Humanos, preconizados pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, que são: o direito à vida, à alimentação, à saúde, à moradia, à educação, ao afeto e aos direitos sexuais e aos direitos reprodutivos. [...]
>
> • • •

consciente e atuante, visando garantir o efetivo acesso ao planejamento familiar para homens e mulheres" (art. 1º). O segundo, Decreto n. 5.390, de 8 de março de 2005, entre outras providências, aprovou o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), que continha, entre seus objetivos, "Garantir os direitos sexuais e direitos reprodutivos das mulheres" (Anexo – item 3.2). Referido dispositivo foi mantido em sua literalidade pelo Decreto n. 6.387, de 5 de março de 2008 (II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres), que o substituiu até ser definitivamente revogado pelo Decreto n. 7.959, de 13 de março de 2013. Por fim, o Decreto n. 9.223/2017, que institui a Rede Brasil Mulheres, trouxe como um de seus objetivos "promover a melhoria das condições de vida e de saúde das mulheres em todas as fases da vida e garantir os direitos sexuais e reprodutivos" (art. 3º, II). Os dois primeiros documentos foram encontrados em busca realizada no Portal da Legislação, "base de dados que reúne atos de hierarquia superior, da legislação federal brasileira, cuja área de abrangência vai desde a proclamação da República em 1889 até hoje, sendo constantemente atualizada e mantida pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República". Disponível em: https://legislacao.planalto.gov.br/. Acesso em: ago. 2018. Os demais aparecem somente na busca da Câmara dos Deputados, que, por sua vez, não revela os dois primeiros. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao. Acesso em: ago. 2018.

28 O primeiro documento encontrado, "Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo" (BRASIL, 2005), pretende "garantir os direitos de homens e mulheres, adultos(as) e adolescentes, em relação

> Diferentes grupos têm seus direitos humanos infringidos em função da sexualidade, tais como lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, bem como profissionais do sexo e pessoas que vivem com HIV/aids. Para outros grupos não é reconhecido o direito do exercício da sexualidade, como no caso das pessoas idosas e das pessoas com deficiência. Ainda há outros segmentos para os quais se acha que a reprodução não deve acontecer, como no caso das pessoas com deficiência, em situação de prisão, adolescentes e pessoas com orientações sexuais não heterossexuais. É fundamental, para que uma sociedade seja justa e equitativa, que sejam assegurados os direitos humanos, respeitando-se e aceitando-se as diferenças humanas. (BRASIL, 2017, p. 138-140)

O uso muito rarefeito e sem grande relevância do termo no âmbito do Executivo mais geral contrasta, portanto, com sua presença e seu desenvolvimento no âmbito do Ministério da Saúde. Nessa esfera, em um primeiro momento, o termo aparece de maneira indefinida e indiferenciada na expressão mais ampla "direitos sexuais e reprodutivos", associado à ideia de planejamento familiar com ênfase nos direitos de mulheres e adolescentes. Posteriormente, os "direitos sexuais" adquirem um conteúdo próprio que abarca diferentes aspectos de sexualidade e identidade de gênero. Ainda assim, seu uso, na esfera do Executivo federal, permanece adstrito ao campo da saúde.

No âmbito do Poder Legislativo federal, na Câmara dos Deputados, dos projetos de lei encontrados contendo a expressão "direitos sexuais", três deles tratam de exploração sexual de crianças e adolescentes,[29] cinco deles de violência contra a mulher,[30] seis deles abordam direitos reprodutivos das mulheres,[31] um institui a semana nacional de atenção à saúde do

• • •

à saúde sexual e à saúde reprodutiva, enfocando, principalmente, o planejamento familiar", e baseia-se no dispositivo constitucional que prevê "a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar" (art. 226, § 7º), na Lei n. 9.263/1996, que regulamenta o planejamento familiar no Brasil, e, no âmbito internacional, nos Programas e Plataformas de Ação propostos na Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, e na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995.

29 PLs n. 6.938/2010 e 3.868/2015: dispõem sobre a reparação civil coletiva decorrente da exploração sexual de crianças e adolescentes para fins comerciais e dá outras disposições protetivas dos direitos das crianças e dos adolescentes; e PL n. 10.613/2018: institui a semana nacional de prevenção do abuso e da exploração sexual de crianças e adolescentes.

30 PLs n. 7.659/2010, 2.366/2011, 235/2011, 258/201: alteram o Código de Processo Penal para estabelecer prioridade na realização de exames periciais quando a vítima for mulher, especialmente nos casos de violência doméstica e familiar; e PL n. 9.559/2018: altera o Código para tipificar o crime de violência psicológica contra a mulher.

31 PL n. 1.686/2007: altera a lei de planejamento familiar para incluir os métodos naturais de concepção e contracepção; PL n. 2.690/2007: altera o Código para tipificar como crime a propaganda e o induzimento

homem,[32] um deles cria o Dia Nacional da Visibilidade Lésbica (PL n. 2.000/2007) e o outro (PL n. 4.828/2016) busca a promoção do Pacto Federativo de Igualdade entre Homens e Mulheres, que inclui "garantir o direito à proteção da saúde, incentivando a revisão de protocolos de acordo a fim de que seja respeitada a diversidade sexual e, conferir especial atenção aos direitos sexuais e reprodutivos, principalmente nos locais de baixo IDH" (art. 10, VI). Finalmente, o PL n. 882/2015, em tramitação, estabelece políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos, incluindo autorização para realização do aborto até doze semanas de gravidez.[33]

No Senado Federal,[34] encontra-se o uso da expressão apenas em dois pedidos de realização de audiência pública, um para debater a aplicação da Lei n. 9.797/1999, que dispõe sobre

• • •

aos métodos ou substâncias abortivas; PL n. 5.069/2013: altera o Código Penal para tipificar como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo e prevê penas específicas para quem induz a gestante à prática de aborto; PL n. 7.633/2014: dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências; e PL n. 3.901/2015: altera a Lei do SUS para ampliar sua atuação na saúde integral da mulher.

32 PL n. 6.011/2016: institui a Semana nacional de atenção à saúde do homem. "A programação da Semana incluirá atividades educativas que visem à prevenção de doenças, à promoção da saúde e à conscientização sanitária, sendo abordados os agravos mais frequentes na população masculina de cada localidade, como doenças cardiovasculares, hipertensão arterial, diabetes, doenças do aparelho geniturinário e da próstata, neoplasias, andropausa, impotência, infertilidade, direitos sexuais e reprodutivos, doenças sexualmente transmissíveis, saúde mental, além de outras doenças e situações que afetem a saúde e o bem-estar da população masculina" (art. 1º, § 1º).

33 "Art. 3º O Estado garantirá o direito à reprodução consciente e responsável, reconhecendo o valor social da maternidade na garantia da vida humana, e promoverá o exercício pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de toda a população, entendendo-se que a interrupção voluntária da gravidez não constitui um instrumento de controle de natalidade."
"Art. 7º O poder público, no desenvolvimento de suas políticas de saúde e sociais, garantirá: I – A informação e educação sexual e reprodutiva nos conteúdos formais do sistema de educação. II – O acesso universal aos serviços e programas de saúde sexual e reprodutiva. III – A informação sobre contracepção e sexo seguro que previna tanto as Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST-HIV) quanto a gravidez não desejada. IV – O acesso a métodos seguros de contracepção de emergência em todas as unidades da rede pública de saúde e o acesso às informações corretas de sua utilização. V – O aumento da oferta e diversidade de métodos contraceptivos nos serviços públicos de saúde, de modo a assegurar a todas as mulheres, do campo, da floresta e das cidades, durante toda a sua vida fértil, da puberdade à menopausa, o acesso a métodos seguros e saudáveis de evitar filhos, escolhidos de maneira correta e adequada às dinâmicas e peculiaridades de sua vida. VI – Ações informativas e de sensibilização sobre saúde sexual e saúde reprodutiva, especialmente através dos meios de comunicação."

34 Pesquisa textual (Ementa/explicação da ementa/indexação/apelido): "direitos sexuais", em tramitação ou com tramitação encerrada. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias. Acesso em: 20 fev. 2018.

a obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora de mama pela rede de unidades integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer (SF RAS 70/2011), e outro para debater o fenômeno da discriminação de gênero no sistema penal (SF RVM 23/2016), ambos propostos pela senadora Vanessa Grazziotin.

Como se nota, uma grande parte dos projetos de lei volta-se para temas relacionados à saúde, outra parcela significativa aborda direitos reprodutivos das mulheres, e boa parte destes se localiza na interseção entre os dois temas. Interessante notar que, diferentemente do observado no âmbito do Ministério da Saúde, a ênfase dos projetos de lei recai sobre a dimensão negativa dos direitos sexuais. Isto é, tratam não da promoção de determinados aspectos da sexualidade, mas da proteção contra o abuso sexual de crianças e adolescentes e da violência contra a mulher. A exceção é o projeto de lei na Câmara que propõe a criação do Dia Nacional da Visibilidade Lésbica.

Das leis aprovadas, três mencionam "direitos sexuais". A primeira, Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), inclui a expressão na definição de violência sexual,

> entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (art. 7º, III)

A Lei n. 12.852/2013, Estatuto da Juventude, por sua vez, estabelece como uma das diretrizes para política pública de atenção à saúde do jovem a "garantia da inclusão de temas relativos ao consumo de álcool, tabaco e outras drogas, à saúde sexual e reprodutiva, com enfoque de gênero e dos direitos sexuais e reprodutivos nos projetos pedagógicos dos diversos níveis de ensino" (art. 20, IV). Nota-se que, embora o artigo seja destinado à saúde, aborda também a questão dos direitos sexuais sob a ótica educacional. Finalmente, a Lei n. 13.146/2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, prevê que "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa", inclusive para "exercer direitos sexuais e reprodutivos" (art. 6º, II).

Em comparação com os demais poderes, análise da jurisprudência dos tribunais de cúpula revela que o uso da expressão é ainda mais incipiente no Poder Judiciário. No STF, foi empregada em apenas duas decisões, apenas uma no Pleno, em 2012:[35] o julgamento

35 A busca de jurisprudência do STF não abarca o inteiro teor dos acórdãos, mas tão somente sua ementa e os indexadores utilizados. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/. Acesso em: 20 dez. 2018.

relativo ao aborto de fetos anencefálicos.[36] Na ocasião, foi utilizada tanto por parte do relator, Ministro Marco Aurélio, quanto no voto do Ministro Cezar Peluso, que restou vencido. Recentemente, o termo "direitos sexuais" foi empregado na ementa do julgamento da Primeira Turma do STF que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até doze semanas de gestação.[37] Em ambos os casos, a expressão foi utilizada em conjunto com direitos reprodutivos sem que seu sentido fosse explicitado e sem que fossem traçadas diferenciações entre o elemento sexual e o reprodutivo. Nas duas oportunidades, falou-se de "direitos sexuais e reprodutivos" tendo por objeto direitos de mulheres. No STJ, por sua vez, não há decisão colegiada que empregue o termo, mas tão somente dezesseis decisões monocráticas:[38] uma sobre direito de visitação de preso, que utiliza a expressão "direitos sexuais e reprodutivos" ao parafrasear o parecer do Ministério Público,[39] e quinze sobre violência doméstica, em que se reproduz o trecho supramencionado da Lei Maria da Penha.[40]

36 STF. ADPF n. 54. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 12.04.2012, *DJe* 30.04.2012.

37 "A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado [...]" (STF. HC n. 124.306, 1ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, julg. 09.08.2016, *DJe* 17.03.2017).

38 Pesquisa livre: "direitos sexuais". Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em: 4 maio 2020.

39 STJ. REsp n. 1.712.419-DF (2017/0309054-4). Decisão Monocrática. Relator Min. Felix Fischer, julg. 05.04.2018, *DJe* 10.04.2018.

40 STJ. AgREsp n. 1.219.342-MG (2017/0319821-8). Decisão Monocrática. Relator Min. Ribeiro Dantas, julg. 26.02.2018, *DJe* 28.02.2018; STJ. REsp n. 1.688.407-MS (2017/0199291-5). Decisão Monocrática. Relator Min. Nefi Cordeiro, julg. 25.08.2018, *DJe* 30.08.2017; STJ. HC n. 368.227-SP (2016/0219373-6). Decisão Monocrática. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julg. 15.08.2016, *DJe* 19.08.2016; STJ. REsp n. 1.509.479-RN (2015/0014815-4). Decisão Monocrática. Relator Min. Nefi Cordeiro, julg. 11.02.2016, *DJe* 26.02.2016; STJ. AgREsp n. 526.416-DF (2014/0135468-3). Decisão Monocrática. Relator Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), julg. 10.11.2014, *DJe* 13.11.2014; STJ. CC n. 106.789-MG (2009/0143433-9). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 25.08.2009, *DJe* 01.09.2009; STJ. CC n. 102.622-MG (2009/0012457-6). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 04.08.2009, *DJe* 18.08.2009; STJ. CC n. 105.917-MG (2009/0112003-7). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 03.08.2009, *DJe* 13.08.2009; STJ. CC n. 99.349-MG (2008/0223497-0). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 29.06.2009, *DJe* 04.08.2009; STJ. CC n. 105.239-MG (2009/0091678-0). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 23.06.2009, *DJe* 03.08.2009; STJ. CC n. 104.765-MG (2009/0071625-7). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 23.06.2009, *DJe* 03.08.2009; STJ. CC n. 105.233-MG (2009/0091679-1). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 26.06.2009, *DJe* 01.07.2009; STJ. CC n. 104.475-PR (2009/0060045-6). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 29.05.2009,

Em resumo, a partir da análise do emprego da expressão "direitos sexuais" no âmbito dos poderes constituídos em nível federal, pode-se perceber o ingresso dessa expressão no debate internacional, a relativa baixa incidência do uso do termo e o predomínio de sua utilização em conjunto com as ideias de direitos reprodutivos e direito das mulheres, não obstante as críticas da literatura especializada, que, desde a década de 1990, já chamava atenção para as tensões e contradições no uso do conceito.

Como visto, a principal e mais relevante exceção é o Ministério da Saúde, que, desde 2009, emprega uma definição ampla de direitos sexuais, que articula aspectos protetivos e promocionais e perspectivas tanto negativas quanto positivas da sexualidade, sem, contudo, desvinculá-la do campo da saúde. A mesma coisa ocorre com o Estatuto da Juventude, que, apesar de tratar do relevante aspecto educacional, limita sua previsão à inclusão em diversos níveis de ensino de temas relativos à "saúde sexual e reprodutiva".

Por fim, chama atenção a ausência do emprego da expressão em contextos em que direitos relativos à sexualidade e à identidade de gênero foram amplamente discutidos, por exemplo na promulgação do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT pelo poder Executivo em 2009 e em julgamentos do STF, como naqueles em que foram afirmados a constitucionalidade das uniões homoafetivas, em 2011, o direito à retificação de nome e sexo no registro civil de pessoas trans, em 2018, e a criminalização da LGBTfobia, em 2019.

## Considerações finais

A gênese da expressão "direitos sexuais" revela um conflito entre estratégias e visões sobre o seu conteúdo, articuladas, de um lado, a partir dos direitos reprodutivos e da saúde e, de outro, dos direitos ligados à sexualidade e à identidade de gênero. Analisando a trajetória do uso da expressão, observa-se – em um primeiro momento, no âmbito internacional e, ainda hoje, na esfera doméstica – uma prevalência do primeiro conjunto de direitos em instâncias institucionais, refletida na difusão da expressão "direitos sexuais e reprodutivos".

Como se demonstrou, a indiferenciação dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos tem o potencial de subordinar e condicionar os primeiros aos segundos, invisibilizando-os. Dessa forma, a abordagem de sexualidade e da identidade de gênero é limitada a uma visão médica e/ou cis-heteornormativa, impactando negativamente direitos de sujeitos e grupos frequentemente já marginalizados e inviabilizando uma perspectiva mais positiva e emancipatória

• • •

*DJe* 04.06.2009; STJ. CC n. 104.006-MG (2009/0044478-3), Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 30.04.2009, *DJe* 07.05.2009; STJ. CC n. 88.029-MG (2007/0171796-1). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 30.05.2008, *DJe* 05.06.2008.

da sexualidade. Nesse contexto, conferir aos direitos sexuais conteúdo autônomo tem permitido não apenas abarcar e mobilizar práticas e identidades tradicionalmente excluídas, mas também conceber perspectivas contra-hegemônicas de sexualidade e gênero.

Essa diferenciação não significa, contudo, que os dois grupos de direitos existam e devam existir necessariamente em contradição. Se, de um lado, servem de contrapeso um para o outro, é importante buscar compreender como podem ser articulados de maneira complementar – em um sentido emancipatório e atento ao risco que uma abordagem fragmentária coloca para os direitos de uns, a pretexto de fazer avançar direitos de outros. Nesse sentido, a diferenciação e a demarcação de um conteúdo próprio vão ao encontro das ideias de indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

O mesmo olhar integrado e contextualizado deve ser direcionado para a própria categoria direitos sexuais. Se sua utilidade tem-se revelado ao permitir trazer à luz aspectos de sexualidade e identidade de gênero tradicionalmente obliterados ou desfavorecidos, é necessário se perguntar, por exemplo, se e em que medida seu uso é capaz de apagar dimensões mais insurgentes desses mesmos direitos (sobretudo aquelas relacionadas à identidade de gênero, que não aparece expressamente no termo). Um tratamento abstrato, idealizado ou acrítico da categoria tem potencial de incorrer nos mesmos (e quiçá novos) efeitos colaterais. Nesse sentido, uma compreensão integrada dos direitos humanos requer uma abordagem complexa, crítica e contextualizada dos seus diferentes aspectos e dimensões.

**AGRADECIMENTOS**

*Este artigo tem origem em tese de doutorado apresentada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) sob orientação da Professora Jane Reis Gonçalves Pereira, a quem a autora agradece imensamente. A autora agradece também a Ligia Fabris Campos pelos comentários ao manuscrito e também aos(às) pareceristas anônimos(as) da* Revista Direito GV, *que ofereceram relevantes aportes ao artigo.*

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. Violência sexual: lições da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Justificando*, 21 set. 2017. Disponível em: http://www.justificando.com/2017/09/21/violencia-sexual-licoes-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/. Acesso em: 10 mar. 2020.

ÁVILA, Maria Betânia; GOUVEIA, Taciana. Notas sobre direitos reprodutivos e direitos sexuais. *In*: PARKER, Richard; BARBOSA, Maria Regina (org.). *Sexualidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará/ABIA/IMS/UERJ, 1996. p. 160-172.

BERER, Marge. Repoliticising Sexual and Reproductive Health and Rights. *Reproductive Health Matters*, v. 19, n. 38, p. 4-10, nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Cuidando de adolescentes*: orientações básicas para a saúde sexual e a saúde reprodutiva. Brasília: Ministério da Saúde, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos*: uma prioridade do governo. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BUNCH, Charlotte; FRIED, Susana. Beijing '95: Moving Women's Human Rights from Margin to Center. *Signs*, v. 22, n. 1, p. 200-204, 1996.

CITELI, Maria Teresa. *A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990-2002)*: revisão crítica. Rio de Janeiro: Cepesc, 2005.

CORRÊA, Sonia. Gênero e sexualidade: deslocando o debate da margem para o centro. *Jornal da RedeSaúde*, n. 24, p. 30-34, dez. 2001.

CORRÊA, Sonia. From Reproductive Health to Sexual Rights: Achievements and Future Challenges. *Reproductive Health Matters*, v. 5, n. 10, p. 107-116, nov. 1997.

CORRÊA, Sonia; ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos – Pauta global e percursos brasileiros. *In*: BERQUÓ, Elza (org.). *Sexo & vida*: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2003. p. 17-78.

CORRÊA, Sonia; HOWE, Cymene. Global Perspectives on Sexual Rights. *In*: HERDT, Gilbert; HOWE, Cymene (ed.). *21st Century Sexualities*: Contemporary Issues in Health, Education, and Rights. New York: Routledge, 2007. p. 170-173.

CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. *Physis*, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). Press Unit. Gender Identity Issues. Strasbourg, out. 2018a. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). Press Unit. Sexual Orientation Issues. Strasbourg, jun. 2018b. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). Press Unit. Homosexuality: Criminal Aspects. Strasbourg, jun. 2014. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Homosexuality_ENG.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). Research Division. Child Sexual Abuse and Child Pornography in the Court's Case-law. Strasbourg, jun. 2011. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_child_abuse_ENG.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018.

GALVÃO, Jane. *Aids no Brasil*: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA, 2000.

GIRARD, Françoise. Advocacy for Sexuality and Women's Rights: Continuities, Discontinuities, and Strategies Since ICPD. *In*: REICHENBACH, Laura; ROSEMAN, Mindy Jane (org.). *Reproductive Health and Human Rights*: The Way Forward. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2009. p. 167-181.

GIRARD, Françoise. Negotiating Sexual Rights and Sexual Orientation at the United Nations. *In*: PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind; SEMBER, Robert (org.). *Sex Politics*: Report from the Front Lines, 2007. p. 311-358.

HEILBORN, Maria Luiza. Editorial. *Estudos Feministas*, v. 3, n. 2, p. 414-426, jul./dez. 1995.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice*: A Comparative Law Casebook. Genebra: ICJ, 2011.

INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION (IPPF). *Sexual Rights*: An IPPF Declaration. London: IPPF, 2008.

JOHNSON, Jeanette H.; TURNBULL, Wendy. The Women's Conference: Where Aspirations and Realities Met. *Family Planning Perspectives*, v. 27, n. 6, p. 254-258, nov./dez. 1995.

JORNAL DA REDESAÚDE, n. 24, dez. 2001. Disponível em: http://docplayer.com.br/31957506-Jornal-da-redesaude-no-24-dezembro-de-2001.html. Acesso em: 31 jan. 2020.

LAMMASNIEMI, Laura. Anti-White Slavery Legislation and its Legacies in England. *Anti-Trafficking Review*, v. 9, p. 64-76, 2017.

LOTTES, Ilsa L. Sexual Rights: Meanings, Controversies, and Sexual Health Promotion. *Journal of Sex Research*, v. 50, n. 3-4, p. 367-391, 2013.

MACHADO, Lia Zanotta. Beijing em balanço: confrontos políticos e desafios intelectuais. *Estudos Feministas*, v. 3, n. 2, p. 414-426, jul./dez. 1995.

MACKINNON, Catharine. Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 44, n. 3, p. 940-958, 2006.

MACKINNON, Catharine. Remedies for War Crimes at the National Level. *The Journal of the International Institute*, v. 6, n. 1, 1998.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 5, n. 8, p. 60-83, jun. 2008.

MILLER, Alice M. Fighting Over the Figure of Gender. *Pace Law Review*, v. 31, n. 3, p. 837-872, jun. 2011.

MILLER, Alice M. Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights. *Health and Human Rights*, v. 4, n. 2, p. 68-109, 2000.

MILLER, Alice M. Human Rights and Sexuality: First Steps Toward Articulating a Rights Framework for Claims to Sexual Rights and Freedom. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, v. 93, p. 288-303, 1999.

MILLER, Alice M.; KISMÖDI, Eszter; COTTINGHAM, Jane; GRUSKIN, Sofia. Sexual Rights as Human Rights: A Guide to Authoritative Sources and Principles for Applying Human Rights to Sexuality and Sexual Health. *Reproductive Health Matters*, v. 23, n. 46, p. 16-30, 2015.

MILLER, Alice M.; ROSEMAN, Mindy J. Normalizing Sex and its Discontents: Establishing Sexual Rights in International Law. *Harvard Journal of Law and Gender*, v. 34, p. 313-375, 2011a.

MILLER, Alice M.; ROSEMAN, Mindy J. Sexual and Reproductive Rights at the United Nations: Frustration or Fulfilment? *Reproductive Health Matters*, v. 19, n. 38, p. 102-118, nov. 2011b.

MILLER, Alice M.; ROSGA, Ann Janette; SATTERHWAITE, Meg. Health, Human Rights and Lesbian Existence. *Health and Human Rights*, v. 1, n. 4, p. 428-448, 1995.

PETCHESKY, Rosalind P. The Language of "Sexual Minorities" and the Politics of Identity: A Position Paper. *Reproductive Health Matters*, v. 17, n. 33, p. 105-110, maio 2009.

PETCHESKY, Rosalind P. Sexual Rights: Inventing a Concept, Mapping an International Practice. *In*: BLASIUS, Mark (ed.). *Sexual Identities, Queer Politics*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2001. p. 118-140.

PETCHESKY, Rosalind P. Human Rights, Reproductive Health and Economic Justice: Why They Are Indivisible. *Reproductive Health Matters*, v. 8, n. 15, p. 12-17, maio 2000.

PETCHESKY, Rosalind P. Direitos sexuais: um novo conceito na prática política internacional. *In*: BARBOSA, Regina Maria; PARKER, Richard (org.). *Sexualidades pelo avesso*: direitos, identidade e poder. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 15-38.

PETCHESKY, Rosalind P. From Population Control to Reproductive Rights: Feminist Fault Lines. *Reproductive Health Matters*, v. 3, n. 6, p. 152-161, nov. 1995.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. *In*: RIOS, Roger Raupp (org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 13-38.

RIOS, Roger Raupp. Para um Direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, n. 26, p. 71-100, jul./dez. 2006.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 38, v. 149, p. 279-295, 2001.

RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHAFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017.

ROTHSCHILD, Cynthia. Not Your Average Sex Story: Critical Issues in Recent Human Rights Reporting Related to Sexuality. *Health and Human Rights*, v. 7, n. 2, p. 165-177, 2004.

SAIZ, Ignacio. Bracketing Sexuality: Human Rights and Sexual Orientation: A Decade of Development and Denial at the UN. *Health and Human Rights*, v. 7, n. 2, p. 49-80, 2004.

SCHUMAHER, Maria Aparecida. América Latina mais integrada. *Estudos Feministas*, v. 3, n. 2, p. 414-426, jul./dez. 1995.

SOARES, Gilberta Santos. Direitos sexuais como direitos humanos: um convite à reflexão. *Jornal da RedeSaúde*, n. 24, dez. 2001.

THE Yogyakarta Principles. *Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles*. 2006. Disponível em: www.yogyakartaprinciples.org. Acesso em: 10 nov. 2021.

VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. São Paulo: Fundação MacArthur, 2002.

VIANNA, Adriana; LACERDA, Paula. *Direitos e políticas sexuais no Brasil*: mapeamento e diagnóstico. Rio de Janeiro: Cepesc, 2004.

WILSON, Ara. Lesbian Visibility and Sexual Rights at Beijing. *Signs*, v. 22, p. 214-218, 1996.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH (WAS). *Declaration of Sexual Rights*. ed. rev., 2014. Disponível em: https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2021/09/declaration_of_sexual_rights_sep03_2014_b.pdf. Acesso em: 5 nov. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Sexual Health, Human Rights and the Law. *Reproductive Health Matters*, v. 23, n. 46, p. 193-195, 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Developing Sexual Health Programmes: A Framework for Action. Genebra, 2010. Disponível em: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/rhr_hrp_10_22/en/. Acesso em: 3 fev. 2020.

WORLD PROFESSIONAL ASSOCIATION FOR TRANSGENDER HEALTH (WPATH). *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*. 7th version, 2012. Disponível em: https://www.wpath.org/publications/soc. Acesso em: 20 dez. 2018.

**Como citar este artigo:**

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais. *Revista Direito* GV, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2136. https://doi.org/10.1590/2317-6172202136

*Juliana Cesario Alvim Gomes*

Professora Adjunta de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da UFMG. Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). LL.M. pela Yale Law School. Bacharel em Direito pela UERJ e em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

*julianacesarioalvim@ufmg.br*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 06.02.2020
Aprovado: 17.09.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202140

# Liderança relacional e modernidade organizacional em firmas de advocacia de Belém do Pará

*RELATIONAL LEADERSHIP AND ORGANIZATIONAL MODERNITY IN BELÉM DO PARÁ LAW FIRMS*

*Lucca Darwich Mendes*[1], *Anderson de Souza Sant'Anna*[2] e *Daniela Martins Diniz*[3]

**Resumo**

Este artigo tem como foco apresentar resultados de estudo destinado a investigar relações entre os constructos *modernidade organizacional* e *liderança relacional* em organizações profissionais, mais especificamente em escritórios de advocacia. As transformações que o setor tem vivenciado, particularmente em face dos movimentos em torno da chamada "Quarta Revolução Industrial", têm imprimido alterações significativas não somente no escopo de atuação, produtos e serviços, como também nos perfis, processos e modos de entrega, requeridos ao exercício profissional da advocacia. Por conseguinte, suscitam estilos de liderança mais flexíveis, descentralizados e distribuídos, mais afins aos pressupostos da chamada liderança relacional. Quanto ao método, foi desenvolvida pesquisa de abordagem quantitativa envolvendo a aplicação de *survey* junto a advogados dos dez maiores escritórios de advocacia localizados na cidade de Belém (PA). Os resultados indicam escores elevados de modernidade cultural, seguida de modernidade administrativa e de práticas de gestão de pessoas e, por fim, de modernidade política. Registra-se também presença significativa dos fatores de liderança relacional investigados, assim como correlação positiva e significativa entre modernidade organizacional e liderança relacional. Uma importante contribuição do estudo diz respeito à superação de lacuna na literatura quanto a medidas e pesquisas empíricas direcionadas à mensuração da liderança relacional em escritórios de advocacia.

**Palavras-chave**

Liderança relacional; modernidade organizacional; firmas de advocacia.

***Abstract***

*This paper aims to present the results of a study aimed at investigating the relationship between the constructs Organizational Modernity and Relational Leadership in professional organizations, more specifically in law firms. The transformations that the sector has been undergoing, particularly in light of the movements surrounding the so-called "Fourth Industrial Revolution", have brought about significant changes, not only in the scope of practice, products, and services, but also in the profiles, processes, and delivery modes required for the professional practice of law. Consequently, it gives rise to more flexible, decentralized, and distributed leadership styles, more in line with the assumptions of the so-called relational leadership. As for the method, a research with a quantitative approach was developed, involving the application of a survey with lawyers from the ten largest law firms located in the city of Belém (PA). The results indicate high scores for cultural modernity, followed by administrative modernity and people management practices, and finally, political modernity. The results also show a significant presence of the relational leadership factors investigated, as well as a positive and significant correlation between organizational modernity and relational leadership.*

**1** Mendes Advocacia e Consultoria, Belém, Pará, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-3538-7490

**2** Fundação Getulio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-6537-6314

**3** Universidade Federal de São João del-Rei, São João del-Rei, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-8535-8703

CC BY-NC

*An important contribution of this study was to overcome the gap in the literature regarding measures and empirical research aimed at measuring relational leadership in law firms.*

***Keywords***
*Relational leadership; organizational modernity; law firms.*

## Introdução

Com acentuado vínculo à tradição, as trajetórias ocupacionais dos advogados têm na reputação e no conhecimento técnico-jurídico fatores historicamente distintivos (SELEM, 2009). Recentes transformações em torno do que se denomina "Quarta Revolução Industrial" (SCHWAB, 2016) – incluindo a introdução de tecnologias digitais e de inteligência artificial (KAPLAN, 2017; SCHWAB, 2016; ROSS, 2016; MORGAN, 2014; BRYNJOLFSSON e MCAFEE, 2011) – têm, no entanto, suscitado alterações significativas tanto no escopo quanto em competências requeridas aos profissionais da advocacia, assim como nas formas de sua organização e representação institucional (SUSSKIND e SUSSKIND, 2017; FREY e OSBORNE, 2010; SUSSKIND, 2008).

Além da demanda por novos atributos individuais, a economia digital, a mundialização da economia e formas outras de coordenação e integração inter e interorganizacionais têm implicado a abertura de novos mercados, assim como diferenciados arranjos e configurações de exercício profissional, incluindo modelos em plataformas, redes, coletivos e cooperativas (LEE, 2016; ISMAIL, 2014; ANDERSON, 2012; CHRISTENSEN, 2006).

Tais configurações refletem funções e processos que extrapolam o âmbito do exercício convencional das funções do Direito, incorporando, além de conhecimentos, habilidades e atitudes jurídicas, competências gerenciais relativas a gestão de contratos, recrutamento, seleção e avaliação de desempenho de sócios, associados e colaboradores. Além disso, somam-se atribuições mais estratégicas, como formação de alianças e parcerias estratégicas, coordenação de processos de fusões e aquisições, planejamento e implementação de planos estratégicos de negócios, entre outras de mesma natureza (GONÇALVES, 2008).

Conforme destaca Gonçalves (2012), o foco do advogado alinha-se cada vez mais à lógica de mercado e de resultados, típica do mundo empresarial. Em linhas gerais, não mais se trata de equacionar questões jurídicas, mas, igualmente, de as antecipar e mediar. E mais: é preciso identificar oportunidades para seus clientes e *prospects*, agregando valores que outros tipos de inteligência – como a artificial – não possam transacionar (SUSSKIND e SUSSKIND, 2017; FREY e OSBORNE, 2010; SUSSKIND, 2008).

Como resultado, assiste-se à busca por novos "modelos de negócios" e estruturas organizacionais centrados na prestação de serviços com maior grau de profissionalização e aderência a parâmetros contemporâneos de gestão, inserindo-se a busca por melhoria contínua dos processos internos e da prestação de serviços; assim como à atração e retenção de parceiros, associados, talentos e novos clientes, por meio de políticas e práticas que fomentem a criação e a inovação (SUSSKIND e SUSSKIND, 2017; SELEM, 2009; SUSSKIND, 2008).

Concomitantemente, estudos internacionais sobre o processo de transformação em curso em escritórios e firmas globais de advocacia apontam a liderança como fator crítico ao acompanhamento das tendências em curso (SUSSKIND e SUSSKIND, 2017; SUSSKIND, 2008). Para além dos estilos de liderança assentados na tradição e no conhecimento intrínseco do saber jurídico, a noção de liderança relacional (UHL-BIEN, 2006) apresenta-se aderente à difusão dos novos modelos de negócios e gestão, marcados pela demanda por configurações e arquiteturas organizacionais mais horizontalizadas, orgânicas e em rede, capazes de dar respostas mais efetivas à volatilidade, incerteza e fluidez dos ambientes contemporâneos de negócios. Isso ocorre na medida em que se propõe superar abordagens de liderança muito centradas no indivíduo, em seus traços e em suas competências, desconsiderando conexões entre seus profissionais e destes com as organizações (UHL-BIEN e ARENA, 2018; QUICK, 2014; CUNLIFFE e ERIKSEN, 2011).

Nesse sentido, ao extrapolar a compreensão da liderança alicerçada em características pessoais ou de sua manifestação em aspectos comportamentais evidenciados no ambiente organizacional, de forma não integrada, a liderança relacional, ao privilegiar a dimensão contextual e indo além da análise da díade líder-liderado, propõe superar importante lacuna dos *Leadership Studies*, trazendo à tona perspectivas de análise mais sistêmicas e multidimensionais (UHL-BIEN e ARENA, 2018; QUICK, 2014; CUNLIFFE e ERIKSEN, 2011).

Nesse contexto, a necessidade de repensar o exercício da liderança expande-se também em face da expansão de setores não industriais, por meio dos chamados serviços profissionais (*professional services*), aos quais se integram instituições de saúde, educacionais, firmas de consultoria e de serviços jurídicos (GREENWOOD e LACHMAN, 1996). Não obstante, a gestão de tais organizações depara-se com desafios históricos, como a reduzida tônica de seus membros no desenvolvimento e exercício de competências associadas à gestão (BORCK, 2008).

Desse contexto advém a proposta central da pesquisa que subsidia os achados compartilhados neste artigo. Afinal, será essa a realidade também vivenciada por escritórios de advocacia no Brasil? Em outros termos, em que medida atributos associados ao estilo de liderança relacional correlacionam-se a políticas e práticas de gestão vinculadas ao preconizado por modelos contemporâneos de negócios, típicos da modernidade tardia na transição para a Quarta Revolução Industrial? (UHL-BIEN e ARENA, 2018; SCHWAB, 2016; EBOLI, 1996; TOURAINE, 1994). Tendo por base tal questão, seu foco consiste em analisar relações entre fatores de modernidade organizacional e estilos de liderança vigentes em escritórios de

advocacia, buscando melhor compreender em que medida o exercício de estilos mais contemporâneos de influência – centrados na perspectiva relacional – relacionam-se às demandas por maior profissionalização de políticas e práticas de gestão de organizações do tipo profissional (MINTZBERG, 2003).

No que concerne à sua relevância, espera-se que os achados aportem elementos que auxiliem na superação de lacunas acerca das implicações das transformações em curso (SCHWAB, 2016) e dos seus impactos nas organizações do tipo profissional, assim como na mensuração de aspectos dos estudos sob a perspectiva relacional – incluindo a liderança. Salientam-se, ademais, lacunas quanto a estudos empíricos sobre a liderança relacional, assim como de propostas de mensuração, vácuo que demanda a realização de investigações a partir da aplicação de estudos em organizações concretas, como a proposta para fins deste artigo.

## 1. Referencial teórico

### 1.1. A liderança sob o enfoque relacional

Nos tempos atuais, a liderança constitui um dos constructos do comportamento organizacional sobre o qual mais se produzem artigos e livros. Desse universo, algumas abordagens têm, contemporaneamente, recebido significativa atenção, em nível tanto acadêmico quanto empresarial, destacando-se as abordagens da liderança transformacional (BURNS, 1978), liderança multidimensional e multinível (YAMMARINO, DANSEREAU e KENNEDY, 2001), assim como, mais recentemente, as concepções em torno da liderança relacional (UHL-BIEN, 2006; DAY e HARRISON, 2007).

Em linhas gerais, a abordagem relacional baseia-se na premissa de que a liderança é resultante da interseção entre diversos níveis, englobando o individual, o organizacional e o societal. Diferentemente das demais abordagens, a perspectiva da liderança relacional enfatiza, portanto, as interações subjacentes às dinâmicas de influência em diversos níveis (CLEARY *et al.*, 2018; MIRANDA, 2015; UHL-BIEN, 2006). Logo, a problemática central que orienta suas investigações são os processos relacionais nos quais a liderança emerge e é exercida.

A liderança relacional centra-se nas relações e investiga a forma como a liderança é ativada, construída, exercida e reconfigurada, afastando-a de correntes fundamentadas exclusivamente no indivíduo e/ou em seus seguidores. Assim, vai além de considerações situacionais e contingenciais e propõe uma análise integrada e sistêmica dos múltiplos níveis e das dimensões intervenientes na dinâmica organizacional, cujo exame ainda se encontra amplamente pautado no âmbito comportamental, mesmo em abordagens como a liderança situacional, contingencial, transformacional, multidimensional e multinível. Logo, a abordagem relacional aproxima-se da natureza das organizações profissionais quando busca

superar o vínculo da liderança de posições e estruturas mais hierarquizadas, defendendo o debate das relações humanas e do ambiente em que se processam (QUICK, 2014), sendo marcante a valorização do contexto e de ambiências organizacionais aderentes à efetiva dinâmica da liderança.

Para Uhl-Bien (2006), precursora dos estudos sobre o tema, a liderança relacional é conceituada como um processo de influência social resultante dos vínculos entre o indivíduo, a organização e o ambiente no qual se insere. Segundo ela, embora variadas definições de liderança relacional possam ser encontradas na literatura, duas expressões são comumente citadas: *influência* e *mudança*.

Day e Harrison (2007) conceituam liderança relacional como uma propriedade compartilhada de um sistema social marcado por inter-relações entre pessoas, times, empresas e sociedade. Está relacionada, portanto, à instância da coletividade, e envolve a construção de entendimentos compartilhados entre os indivíduos. O desenvolvimento de líderes deve incorporar ações baseadas no coletivo, superando uma ênfase no líder individual e favorecendo a criação e o fortalecimento do capital social (MIRANDA, 2015).

Cunliffe e Eriksen (2011), por sua vez, propõem três enfoques direcionados à investigação da liderança relacional: *rede-ator*, *construção social*, *pós-heroica*. O primeiro baseia-se na noção de que o líder é um dos diversos elementos no processo de construção da rede relacional. A linha da *liderança como construção social* concentra-se na investigação de micro-processos em que os líderes constroem socialmente as normas, os valores e as estratégias das organizações nas quais estão imersos. Por fim, a *liderança pós-heroica* parte da premissa de que a liderança é exercida em empresas não hierárquicas e fundamentadas na colaboração, no trabalho em equipe e na confiança (MIRANDA, 2015). Posteriormente, Uhl-Bien e Arena (2018) propõe tipologia de enfoques da liderança relacional baseada em dois grandes grupos: as abordagens, que mesmo ao incorporarem perspectivas que relacionam múltiplos fatores contextuais, ainda dispõem como pivô central a pessoa do líder (Teorias da Entidade) e as abordagens relacionais propriamente ditas, em que as diferentes dimensões em análise – societais, organizacionais, pessoais – são consideradas de modo mais sistêmico e inter-relacionado. Esse último tipo é adotado para fins da pesquisa que subsidia os resultados deste estudo.

No contexto brasileiro, Miranda (2015, p. 36) entende que "a liderança relacional focaliza a natureza, distribuição e qualidade dos laços sociais que se estabelecem na dinâmica que leva o indivíduo a estabelecer uma relação de influência e mudança. Nessa direção, é fundamental o desenvolvimento de vínculos sociais efetivos, sejam eles fracos, sejam fortes. Os autores propõem uma relação de indicadores para mensuração da liderança relacional que serviram de base para a elaboração da escala de liderança, considerada para fins deste estudo (Quadro 1).

QUADRO 1 – **INDICADORES DE LIDERANÇA RELACIONAL**

| DIMENSÕES | INDICADORES |
|---|---|
| SOCIETAL | COERÊNCIA ENTRE VALORES ORGANIZACIONAIS PRECONIZADOS PELAS LIDERANÇAS E VALORES SOCIETAIS. |
| | COERÊNCIA ENTRE VALORES ORGANIZACIONAIS E POLÍTICAS DE GESTÃO ADOTADAS. |
| | COERÊNCIA ENTRE VALORES ORGANIZACIONAIS E PRÁTICAS DE GESTÃO IMPLEMENTADAS. |
| | COERÊNCIA ENTRE VALORES ORGANIZACIONAIS E COMPORTAMENTO DAS LIDERANÇAS. |
| | COMPORTAMENTO DAS LIDERANÇAS DIANTE DE DIFERENTES STAKEHOLDERS. |
| | REPUTAÇÃO DAS LIDERANÇAS EM MEIO AOS PÚBLICOS INTERNO E EXTERNO. |
| | COMPORTAMENTO DAS LIDERANÇAS DIANTE DE MUDANÇAS NO MACROAMBIENTE DE NEGÓCIOS. |
| | ATENÇÃO DAS LIDERANÇAS QUANTO ÀS AGENDAS E QUESTÕES RELEVANTES AOS DIFERENTES PÚBLICOS DA ORGANIZAÇÃO. |
| | COMPORTAMENTO ÉTICO DAS LIDERANÇAS. |
| ORGANIZACIONAL | HÁ GENUÍNA PREOCUPAÇÃO DAS LIDERANÇAS COM AS PESSOAS DA ORGANIZAÇÃO. |
| | HÁ ABERTURA DAS LIDERANÇAS PARA OUVIR AS PESSOAS. |
| | OS RESULTADOS FINANCEIROS SÃO O PRINCIPAL FOCO DAS AÇÕES DAS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO. |
| | AS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO INSPIRAM AS PESSOAS À INOVAÇÃO. |
| | AS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO INSPIRAM AS PESSOAS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. |
| | AS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO SÃO ORIENTADAS A RESULTADOS. |
| | AS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO SÃO ORIENTADAS AO CONTROLE. |
| | AS LIDERANÇAS ENVOLVEM AS PESSOAS NAS PRINCIPAIS DECISÕES. |
| | TENHO CONFIANÇA NAS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO. |
| | PERCEBO UMA GRANDE DISTÂNCIA ENTRE MIM E AS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO. |
| | NÃO CONCORDO COM A FORMA COMO A LIDERANÇA É EXERCIDA NA ORGANIZAÇÃO. |
| | O ESTILO DAS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO É, NO GERAL, CONSERVADOR. |
| | O ESTILO DAS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO É, NO GERAL, ARROJADO E INOVADOR. |
| | O ESTILO DAS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO É, NO GERAL, PARTICIPATIVO. |
| | O ESTILO DAS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO É, NO GERAL, BUROCRÁTICO. |
| | A PRINCIPAL MARCA DAS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO É O CARISMA. |
| | A PRINCIPAL MARCA DAS LIDERANÇAS É O CONHECIMENTO DA GESTÃO DO NEGÓCIO. |
| | A PRINCIPAL MARCA DAS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO É O CONHECIMENTO NO CAMPO JURÍDICO. |
| | A PRINCIPAL MARCA DAS LIDERANÇAS SÃO SUAS RELAÇÕES COM O MUNDO EXTERNO. |

*(continua)*

| | |
|---|---|
| | SINTO-ME CONTROLADO PELAS LIDERANÇAS DA ORGANIZAÇÃO. |
| | AS LIDERANÇAS SÃO CONSIDERADAS "LÍDERES" POR SEREM OS DONOS DO NEGÓCIO. |
| | O LÍDER DA ORGANIZAÇÃO É CONSIDERADO COMO TAL POR SER O FUNDADOR. |
| | NÃO CONSIDERO LIDERANÇA UM ELEMENTO IMPORTANTE NA DINÂMICA DA ORGANIZAÇÃO. |
| | AS RELAÇÕES NA ORGANIZAÇÃO SÃO HORIZONTALIZADAS. |
| INDIVIDUAL | CONSIDERO LIDERANÇA UMA COMPETÊNCIA IMPORTANTE AO EXERCÍCIO DA MINHA PROFISSÃO. |
| | PARA MIM, "LIDERAR" É SINÔNIMO DE "MANDAR". |
| | LIDERANÇA É UM TEMA PRIORITÁRIO NO DESENVOLVIMENTO DE MINHAS COMPETÊNCIAS. |
| | LIDERAR É UMA COMPETÊNCIA PARA PESSOAS DIFERENCIADAS. |
| | SINTO-ME UMA LIDERANÇA NA ORGANIZAÇÃO. |
| | PREFIRO "COMANDAR" A "OBEDECER". |
| | LIDERANÇA, PARA MIM, DERIVA DE CONHECIMENTO TÉCNICO. |
| | CONSIDERO SER POSSÍVEL DESENVOLVER A CAPACIDADE DE LIDERANÇA. |
| | PARA MIM, LIDERANÇA É INATA. |
| | SINTO FACILIDADE EM INFLUENCIAR PESSOAS. |
| | PARA MIM, LIDERANÇA É UM TRAÇO PESSOAL. |
| | NÃO VEJO COMO DESENVOLVER LIDERANÇA: "OU SE É LÍDER OU NÃO SE É". |
| | LIDERANÇA É ALGO QUE PODE SER CONSTRUÍDO NO DIA A DIA DAS RELAÇÕES. |
| | LIDERANÇA ESTÁ DIRETAMENTE ASSOCIADA À POSIÇÃO HIERÁRQUICA OCUPADA PELO INDIVÍDUO. |
| | GOSTO DE TOMAR DECISÕES. |
| | LIDERAR É CONTROLAR. |
| | GOSTO DE EXERCER O PODER. |
| | SINTO-ME MAIS ORIENTADO A TAREFAS QUE A PESSOAS. |
| | EM GRUPOS, SEMPRE TOMO AS INICIATIVAS. |

Fonte: Sant'Anna, Nelson e Carvalho Neto (2015).

## 1.2. Modernidade de políticas e práticas de gestão

Historicamente, as origens da noção de modernidade podem ser localizadas na transição entre o período medieval e o moderno, induzida pela introdução de novas tecnologias, da razão científica e das ideias de progresso e democracia (ZAJDSZNAJDER, 1993). Para o pensador francês Alain Touraine, a ideia de modernidade origina-se de duas abordagens, o racionalismo

greco-romano e a concepção cristã de alma, baseada na noção de sujeito. Touraine (1994) destaca que a modernidade passou por uma crise justamente por ter ignorado o sujeito como parte do processo e restringido sua definição sob a ótica da eficácia da racionalidade instrumental, ressaltando que o caminho para a superação de problemas sociais está no resgate do homem e em seu redirecionamento para o centro da sociedade, que assim se estabeleceria uma nova modernidade.

Ainda na perspectiva desse autor, a modernidade, ao colocar o homem como centro do universo, pressupõe sua análise sob várias dimensões, destacando a tecnológica (combinando subjetivação e racionalização), a social (entendendo ser fundamental o movimento social para a subjetivação), a política (considerando a democracia regime para que o homem possa se expressar politicamente) e a cultural (considerando que os valores de liberdade e eficácia se encontram na sua origem).

No âmbito organizacional, a ideia de modernidade tem sido atrelada à necessidade de as organizações se prepararem para as mudanças em curso no mundo corporativo, sob os pilares da ciência administrativa como premissa para a competição no mercado, por meio da utilização de estratégias, políticas e práticas de gestão (*management*) que estimulem o comportamento eficaz. O entendimento de Eboli (1996) é pela necessidade de rompimento com práticas prevalentes de gestão, em razão de essas se mostrarem insuficientes para ao ambiente contemporâneo de negócios, fazendo-se necessária a criação de soluções criativas nos contextos organizacionais.

Na direção proposta, para enfrentar a sociedade moderna, as organizações precisam ser ágeis e enxutas, focadas nos seus clientes, ter amplo conhecimento do negócio e habilidades para tomadas de decisão em ambientes de maior complexidade. Logo, demandam novos princípios de organização, pautados na comunicação ponta a ponta, na estruturação flexível do trabalho em times e projetos e na avaliação de desempenho por resultados (BRATTON e GOLD, 2017).

Em linhas gerais, o conjunto desses princípios aproxima-se do conceito de modelo organicista de organização proposto por Burns e Stalker (1961), que defendem, em oposição ao modelo mecanicista, a transformação organizacional para a adoção de estruturas mais flexíveis e adaptáveis a contextos de constante mudança e inovação.

Nesse contexto, como destacado por Markert (2000), o desafio das organizações será identificar, atrair e reter profissionais que disponham de características para lidar com esse cenário. A exigência a partir da integração de tarefas e trabalhos é por profissional com comportamento independente na solução de problemas, capacidade de trabalhar em grupo e pensar a partir de sistemas cada vez mais interligados.

Calcado em abordagem proposta por Eboli (1996), Sant'Anna, Moraes e Kilimnik (2005), utilizando-se de técnicas estatísticas multivariadas, procedem à validação dos indicadores de modernidade originalmente formulados por aquela autora em três dimensões: a modernidade administrativa e das práticas de gestão de pessoas, a modernidade política e a modernidade cultural.

Para fins desta pesquisa, foi considerada a escala revalidada para a realidade brasileira por Sant'Anna *et al.* (2017), contemplando os itens constantes no Quadro 2.

QUADRO 2 – **INDICADORES DE MODERNIDADE ORGANIZACIONAL**

| | |
|---|---|
| **MODERNIDADE ADMINISTRATIVA E DE PRÁTICAS DE GESTÃO DE PESSOAS** | O SISTEMA DE REMUNERAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO RECOMPENSA OS ATOS DE COMPETÊNCIA. |
| | A ORGANIZAÇÃO É FORTEMENTE ORIENTADA PARA RESULTADOS. |
| | HÁ UM SISTEMA DE AVALIAÇÃO QUE PERMITE DIFERENCIAR O BOM E O MAU DESEMPENHO. |
| | A ORGANIZAÇÃO EQUILIBRA ADEQUADAMENTE A PREOCUPAÇÃO COM RESULTADOS FINANCEIROS, COM AS PESSOAS E COM A INOVAÇÃO. |
| | AS POLÍTICAS E PRÁTICAS DE RECURSOS HUMANOS ESTIMULAM AS PESSOAS A SE PREOCUPAREM COM A APRENDIZAGEM CONTÍNUA. |
| | OS PRINCIPAIS CRITÉRIOS PARA PROMOÇÃO SÃO A COMPETÊNCIA E A PRODUTIVIDADE DA PESSOA. |
| | A ORGANIZAÇÃO COMBINA DE FORMA EQUILIBRADA A UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIAS AVANÇADAS COM A CRIATIVIDADE DAS PESSOAS. |
| | A TECNOLOGIA EMPREGADA FAVORECE A INTERAÇÃO ENTRE PESSOAS E ÁREAS. |
| | AS POLÍTICAS E PRÁTICAS DA ORGANIZAÇÃO ESTIMULAM QUE AS PESSOAS ESTEJAM SEMPRE BEM INFORMADAS E ATUALIZADAS. |
| | A ESTRATÉGIA, MISSÃO, OBJETIVOS E METAS DA ORGANIZAÇÃO SÃO CLARAMENTE DEFINIDOS. |
| | AS POLÍTICAS E PRÁTICAS DE RECURSOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO ESTIMULAM O DESENVOLVIMENTO PESSOAL E PROFISSIONAL. |
| | DE MODO GERAL, OS EMPREGADOS SABEM O QUE DEVEM FAZER PARA COLABORAR COM OS OBJETIVOS DA ORGANIZAÇÃO. |
| **MODERNIDADE POLÍTICA** | O PROCESSO DECISÓRIO NA ORGANIZAÇÃO É DESCENTRALIZADO. |
| | A ORGANIZAÇÃO FAVORECE A AUTONOMIA PARA TOMAR DECISÕES. |
| | NO QUE SE REFERE AO ASPECTO POLÍTICO, O REGIME QUE VIGORA NA ORGANIZAÇÃO PODE SER CARACTERIZADO COMO DEMOCRÁTICO. |
| | OS PROCESSOS DE TOMADA DE DECISÃO SÃO PARTICIPATIVOS E TRANSPARENTES. |
| | A ORGANIZAÇÃO CONTA COM SISTEMAS DE GESTÃO PARTICIPATIVOS QUE ESTIMULAM A INICIATIVA E AÇÃO DAS PESSOAS. |
| | A ORGANIZAÇÃO ADMITE A DIVERSIDADE DE COMPORTAMENTOS E RESPEITA AS DIFERENÇAS INDIVIDUAIS. |
| | O AMBIENTE DE TRABALHO FACILITA O RELACIONAMENTO ENTRE AS PESSOAS, MESMO DE NÍVEIS HIERÁRQUICOS DIFERENTES. |
| **MODERNIDADE CULTURAL** | O CLIMA INTERNO DA ORGANIZAÇÃO ESTIMULA IDEIAS NOVAS E CRIATIVAS. |
| | O CLIMA INTERNO DA ORGANIZAÇÃO ESTIMULA QUE AS PESSOAS ESTEJAM EM CONTÍNUO PROCESSO DE APRENDIZAGEM, NO SEU DIA A DIA DE TRABALHO. |

| |
|---|
| NA ORGANIZAÇÃO HÁ UM CLIMA ESTIMULANTE PARA QUE AS PESSOAS REALIZEM SUAS ATIVIDADES, BUSCANDO SE SUPERAR |
| A ORGANIZAÇÃO ENCORAJA A INICIATIVA E RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL. |

Fonte: Sant'Anna *et al*. (2016).

## 2. Metodologia

Quanto ao método, a pesquisa pode ser caracterizada como de abordagem quantitativa e caráter descritivo, conduzida por meio do método e técnica de *survey*, utilizando-se de escalas padronizadas de respostas graduais do tipo Likert, de 11 pontos, junto a escritórios de advocacia da capital belinense (Top Ten OAB-PA). Os objetos de observação (advogados) desses escritórios foram submetidos a levantamento censitário (KERLINGER, 1980, p. 171). Convém registrar que a escolha de escritórios em Belém (PA) deve-se a iniciativa da Ordem dos Advogados (OAB-Pará), pioneira no Brasil na inserção, em sua estrutura organizacional, de comissão destinada ao desenvolvimento de estudos, pesquisas e instrumentos de capacitação de advogados e dirigentes de escritórios de advocacia em competências gerenciais e de liderança, incluindo ênfase nas chamadas *soft-skills*, em face da transição em curso para a "Economia Digital" ou "Quarta Revolução Industrial" e seus impactos sobre os perfis profissionais requeridos ao exercício da profissão, bem como de modelos de negócios e formas emergentes de prestação de serviços advocatícios.

O questionário foi composto por três blocos de questões. O Bloco I é formado por 23 questões destinadas a mensurar o grau de modernidade organizacional, particularmente a modernidade administrativa e das práticas de gestão de pessoas, a modernidade política e a modernidade cultural (SANT'ANNA *et al*., 2017).

Já o Bloco II, constituído por 37 itens, orientou-se à mensuração do estilo de liderança. Cabe salientar que os itens integrantes da escala resultaram de levantamento bibliográfico sistemático sobre o tema "liderança relacional" ("*relational leadership*"), identificando na literatura os atributos mais reiteradamente apontados como centrais ao seu exercício. Após consolidação, os itens foram submetidos à avaliação de três pesquisadores brasileiros no campo da liderança, os quais analisaram os itens e procederam a sugestões de alterações, incluindo supressão, adição e/ou junção de itens, assim como a melhorias na forma de apresentação. Depois dessa avaliação, o instrumento foi alterado, não se verificando divergências entre os especialistas quanto aos itens propostos. A partir da análise pelos especialistas, os itens foram formatados na escala.

Por fim, o Bloco III foi constituído por questões sociodemográficas e profissionais acerca dos respondentes.

Convém registrar que o questionário, previamente à sua aplicação, também foi submetido a pré-teste junto a advogados vinculados aos escritórios a serem investigados. A iniciativa teve como intuito avaliar a adequação empírica e contextual das escalas (conteúdo), bem como

a compreensão das questões propostas (forma). Como resultado, alterações na forma de apresentação de alguns itens foram introduzidas, visando deixar as frases mais claras e aderentes ao vocabulário adotado pelos respondentes. O conjunto dos itens, no entanto, mesmo relativo ao universo da gestão, mostrou-se de conhecimento dos respondentes, não sendo sugeridos detalhamentos, exclusão ou adição de itens.

Isso posto, o instrumento foi formatado e sua versão final submetida a advogados de sete escritórios de advocacia situados na cidade de Belém (Pará, Brasil). O universo consta dos dez maiores escritórios de advocacia de diferentes áreas de atuação jurídica de Belém, conforme relação disponibilizada pela Comissão de Estratégias e Liderança em Escritórios de Advocacia da Ordem dos Advogados Secção Pará (OAB-PA), e dos dez principais escritórios com sede na capital paraense (*Top Ten*), considerando faturamento anual, tamanho da carteira de clientes e número de advogados associados. Desse universo, sete escritórios aceitaram participar da pesquisa, tendo sido encaminhados 150 questionários. Como retorno da aplicação censitária, *on-line*, foram obtidos 50 questionários preenchidos e válidos (33,3%).

Conforme disposto na Tabela 1, em termos de perfil, a maioria dos respondentes revelou-se do sexo masculino (66%), com idade entre 21 e 25 anos (44%) e solteiros(as) (82%). Em relação à escolaridade, os participantes têm, majoritariamente, pós-graduação (40%) e atuam em tempo inferior a três anos nos escritórios investigados (70%).

TABELA 1 – **RESULTADOS DEMOGRÁFICOS SOBRE OS PARTICIPANTES DA PESQUISA**

| VARIÁVEL | CATEGORIAS | FABS | % |
|---|---|---|---|
| GÊNERO | FEMININO | 17 | 34% |
| | MASCULINO | 33 | 66% |
| FAIXA ETÁRIA | ATÉ 20 ANOS | 4 | 8% |
| | DE 21 A 25 ANOS | 22 | 44% |
| | DE 26 A 30 ANOS | 19 | 38% |
| | DE 31 A 35 ANOS | 5 | 10% |
| ESTADO CIVIL | CASADO(A) | 8 | 16% |
| | DIVORCIADO(A) OU SEPARADO(A) | 1 | 2% |
| | SOLTEIRO(A) | 41 | 82% |
| ESCOLARIDADE MAIS ALTA ALCANÇADA | CURSANDO A GRADUAÇÃO | 15 | 30% |
| | GRADUAÇÃO | 9 | 18% |
| | EXTENSÃO | 1 | 2% |
| | PÓS-GRADUAÇÃO (ESPECIALIZAÇÕES/MBA) | 20 | 40% |
| | MESTRADO | 4 | 8% |
| | DOUTORADO | 1 | 2% |

*(continua)*

| VARIÁVEL | CATEGORIAS | FABS | % |
|---|---|---|---|
| TEMPO EM QUE ESTÁ NO ESCRITÓRIO ATUAL | ATÉ 1 ANO | 16 | 32% |
| | DE 1 A 3 ANOS | 19 | 38% |
| | DE 3 A 5 ANOS | 4 | 8% |
| | DE 5 A 10 ANOS | 9 | 18% |
| | DE 10 A 15 ANOS | 2 | 4% |
| ATUALMENTE, QUAL SUA POSIÇÃO NO ESCRITÓRIO EM QUE VOCÊ TRABALHA? | ADVOGADO ASSOCIADO | 2 | 4% |
| | ADVOGADO JÚNIOR | 6 | 12% |
| | ADVOGADO PLENO | 5 | 10% |
| | ADVOGADO SÊNIOR | 2 | 4% |
| | COORDENADOR DE ÁREA | 3 | 6% |
| | ESTAGIÁRIO | 16 | 32% |
| | GESTOR NÃO ADVOGADO | 1 | 2% |
| | SÓCIO | 15 | 30% |

Nota: Fabs significa frequência absoluta.

Fonte: Dados da pesquisa.

Para o tratamento dos dados obtidos foi, inicialmente, calculado o Coeficiente de Validade de Conteúdo (CVC), destinado a verificar a adequação dos indicadores da escala de liderança relacional. Por meio do CVC, cada item da escala é computado em adição a um indicador de facilidade de entendimento para o público em questão. Os resultados obtidos foram, na sequência, submetidos ao cálculo do Coeficiente de Correlação Intraclasse (ICC) (ANUNCIAÇÃO *et al.*, 2018; ALEXANDRE e COLUCI, 2011). Após, foi calculada a fidedignidade da escala. Para tal, a consistência interna foi estimada pela correlação entre o conjunto dos itens da escala. Posteriormente, foram calculadas as medidas descritivas, incluindo médias e desvios-padrão (FURR, 2011).

Finalmente, para explorar os possíveis componentes lineares relacionados à variabilidade dos dados à distribuição dos resultados e a aspectos multivariados (Análise de Componentes Principais) foi aplicado o teste de correlação *p* (MARÔCO, 2010).

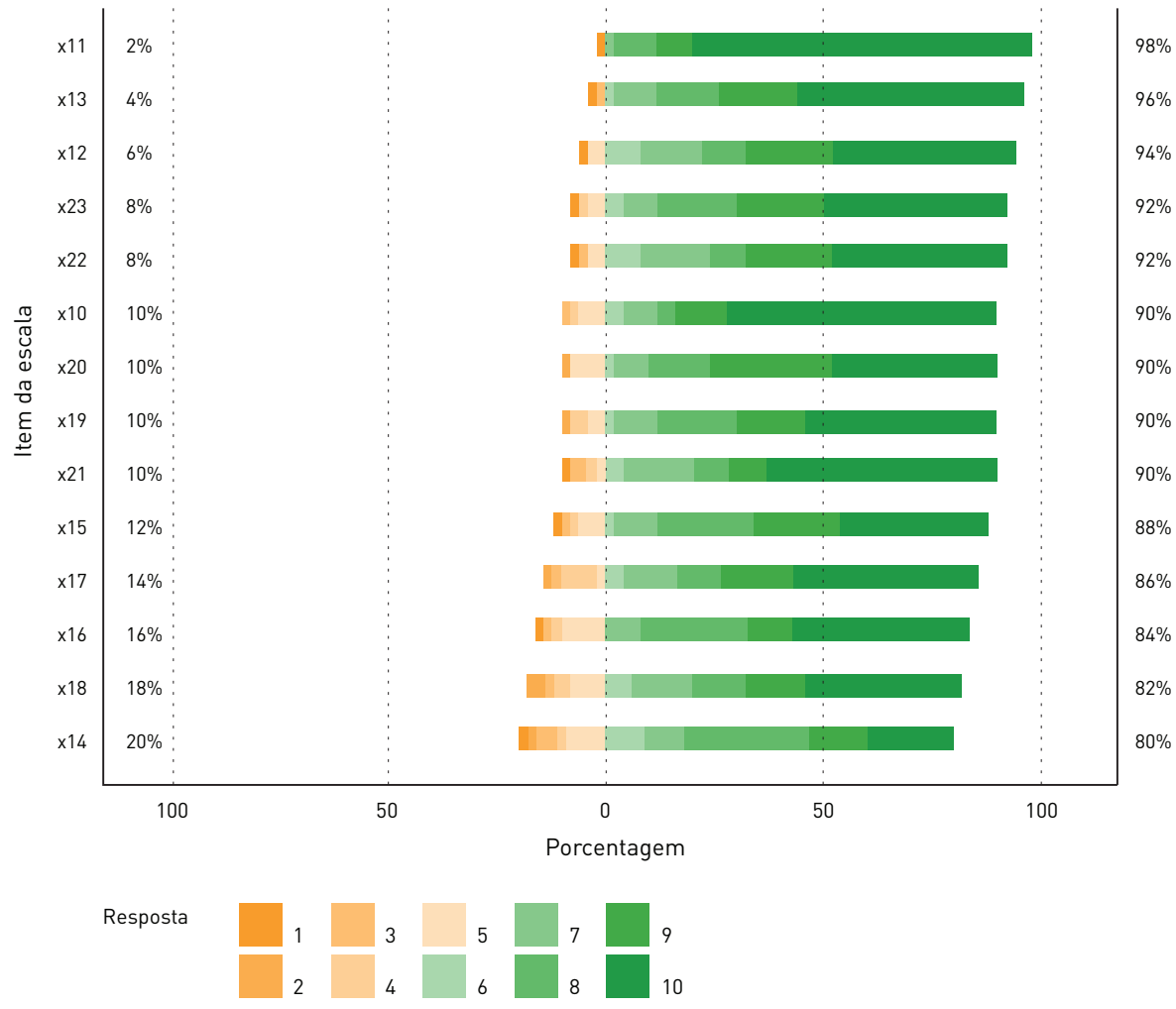
Em relação à escala de modernidade organizacional, foi utilizado o modelo criado e validado por Sant'Anna, Moraes e Kilimnik (2005) para o contexto brasileiro e posteriormente revalidado por Sant'Anna *et al*. (2016).

Finalmente, modelos lineares gerais foram realizados com o fim de analisar a relação entre modernidade organizacional e liderança relacional (HOWELL, 2011). Convém registrar que o nível de significância foi estipulado em 0,05 e todas as análises foram realizadas por meio do *software* de tratamento estatístico de dados R 3.6.1, com auxílio dos pacotes Tidyverse (WICKHAM, 2016), APA Tables (STANLEY e SPENCE, 2018) e Psych (REVELLE, 2018).

## 3. Apresentação e análise de dados

A partir do conjunto dos dados obtidos, foi mensurado o grau de modernidade organizacional do conjunto de escritórios de advocacia investigados. Os resultados para a dimensão modernidade administrativa e das práticas de gestão de pessoas são apresentados no Gráfico 1.

GRÁFICO 1 – **Proporção de respostas relacionadas à dimensão "Modernidade administrativa e das práticas de gestão de pessoas"**



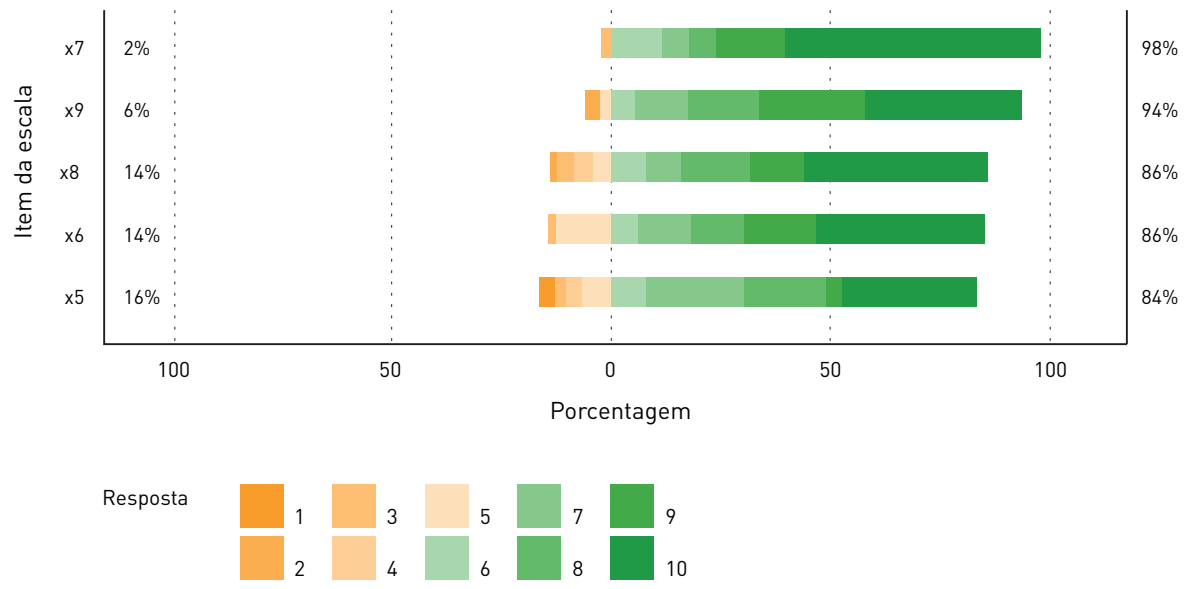

Nota: x10 – A organização admite a diversidade de comportamentos e respeita as diferenças individuais; x11 – O ambiente de trabalho facilita o relacionamento entre as pessoas, mesmo de níveis hierárquicos diferentes; x12 – O sistema de remuneração da organização recompensa os atos de competência; x13 – A organização é fortemente orientada para resultados; x14 – Há um sistema de avaliação que permite diferenciar o bom e o mau desempenho; x15 – A organização equilibra a preocupação com resultados financeiros, com as pessoas e com a inovação; x16 – As políticas e práticas de RH estimulam as pessoas a se preocupar com a aprendizagem contínua; x17 – Os principais critérios para promoção são a competência e a produtividade da pessoa; x18 – A organização combina de forma equilibrada a utilização de tecnologias com a criatividade das pessoas; x19 – A tecnologia empregada favorece a interação entre pessoas e áreas; x20 – As políticas e práticas da organização estimulam que as pessoas estejam bem informadas e atualizadas; x21 – A estratégia, a missão, os objetivos e as metas da organização são claramente definidos; x22 – As políticas e práticas de RH da organização estimulam o desenvolvimento pessoal e profissional; x23 – De modo geral, os empregados sabem o que devem fazer para colaborar com os objetivos da organização.

Fonte: Dados da pesquisa.

Pelos dados do Gráfico 1, destaca-se como item de maior escore na dimensão modernidade administrativa e de práticas de gestão de pessoas o grau em que o "ambiente de trabalho facilita o relacionamento entre as pessoas, mesmo de níveis hierárquicos diferentes", com média de 9,48. Já o indicador com menor escore refere-se à inexistência de "sistema de avaliação que permite diferenciar o bom e o mau desempenho" (6,66).

Análises similares para a dimensão modernidade política (Gráfico 2) apresentam como maior escore a prevalência de "regime interno caracterizado como democrático" (8,9). Já o menor escore foi atribuído ao grau em que o "processo decisório é percebido como descentralizado" (7,4).

GRÁFICO 2 – **PROPORÇÃO DE RESPOSTAS RELACIONADAS À DIMENSÃO "MODERNIDADE POLÍTICA"**

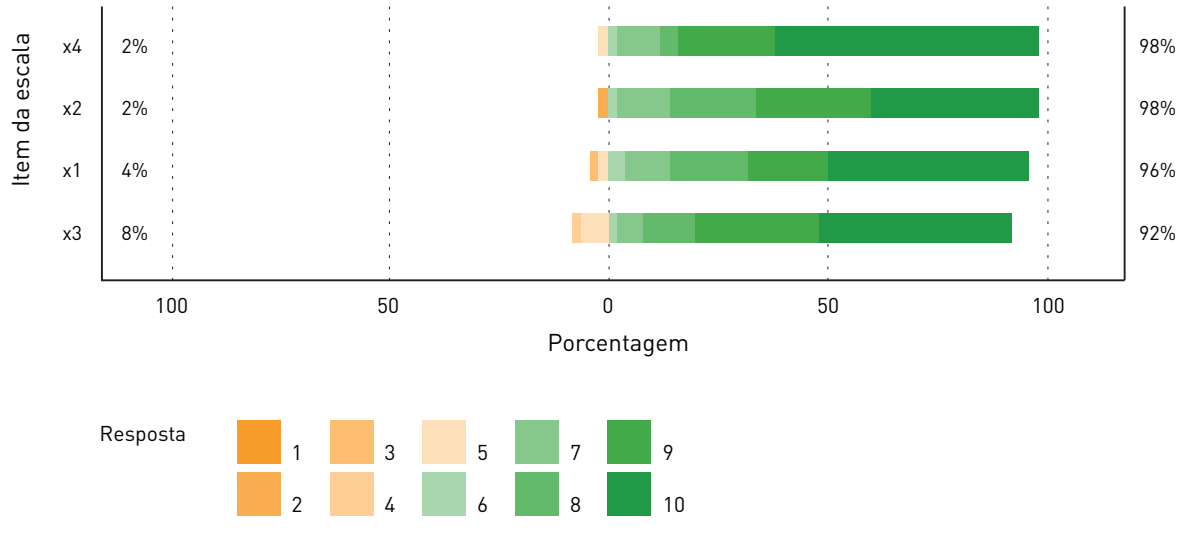



Nota: x5 – O processo decisório na organização é descentralizado; x6 – A organização favorece a autonomia para tomar decisões; x7 – O regime que vigora na organização pode ser caracterizado como democrático; x8 – Os processos de tomada de decisão são participativos e transparentes; x9 – A organização conta com sistemas de gestão participativos que estimulam a iniciativa e ação das pessoas.

Fonte: Dados da pesquisa.

Em relação à modernidade cultural, o maior escore, conforme apresentado no Gráfico 3, é verificado junto ao item destinado a mensurar o grau em que "a organização encoraja a iniciativa e responsabilidade individual" (9,2). O menor escore, por sua vez, é registrado em relação à existência de clima interno de estímulo à aprendizagem e desenvolvimento contínuos (8,7).

GRÁFICO 3 – **PROPORÇÃO DE RESPOSTAS RELACIONADAS À DIMENSÃO "MODERNIDADE CULTURAL"**



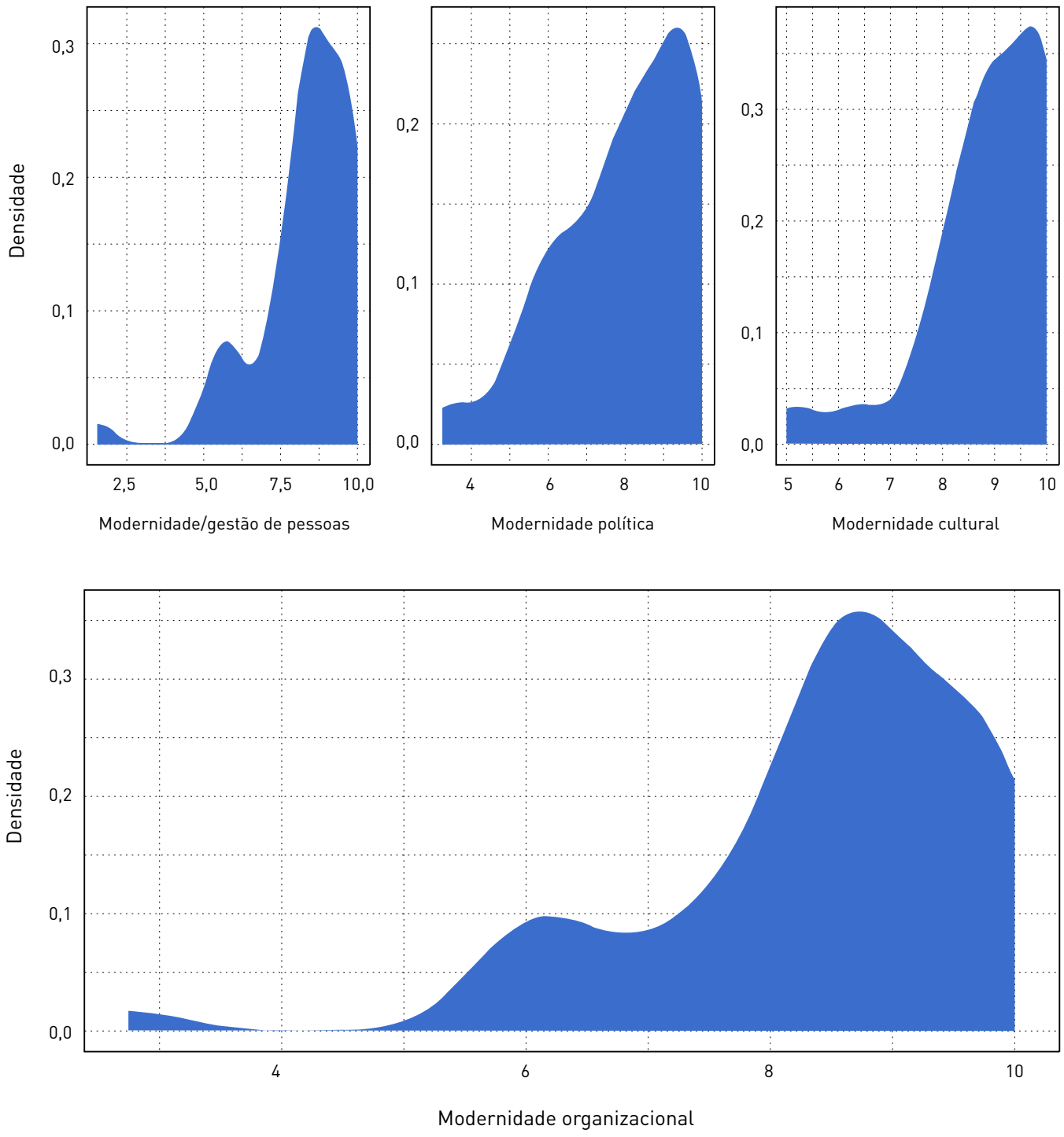

Nota: x1 – O clima interno da organização estimula ideias novas e criativas; x2 – O clima interno da organização estimula que as pessoas estejam em contínuo processo de aprendizagem; x3 – Na organização, há um clima estimulante para que as pessoas realizem suas atividades, buscando se superar; x4 – A organização encoraja a iniciativa e responsabilidade individual.

Fonte: Dados da pesquisa.

Comparando o índice atribuído a cada uma das dimensões de modernidade investigadas, tem-se o maior escore atribuído à modernidade cultural (8,9), seguido da modernidade administrativa e de gestão de pessoas (8,3) e, por fim, a modernidade política (8,2).

No que tange à análise da distribuição do conjunto dos itens da escala de modernidade, é possível identificar uma pequena assimetria à esquerda, estando, todavia, a maior parte da distribuição concentrada à direita (escores mais elevados), com valores de mediana superiores à média (Figura 1). Achado similar é constatado em relação à escala de liderança relacional (Figura 2).

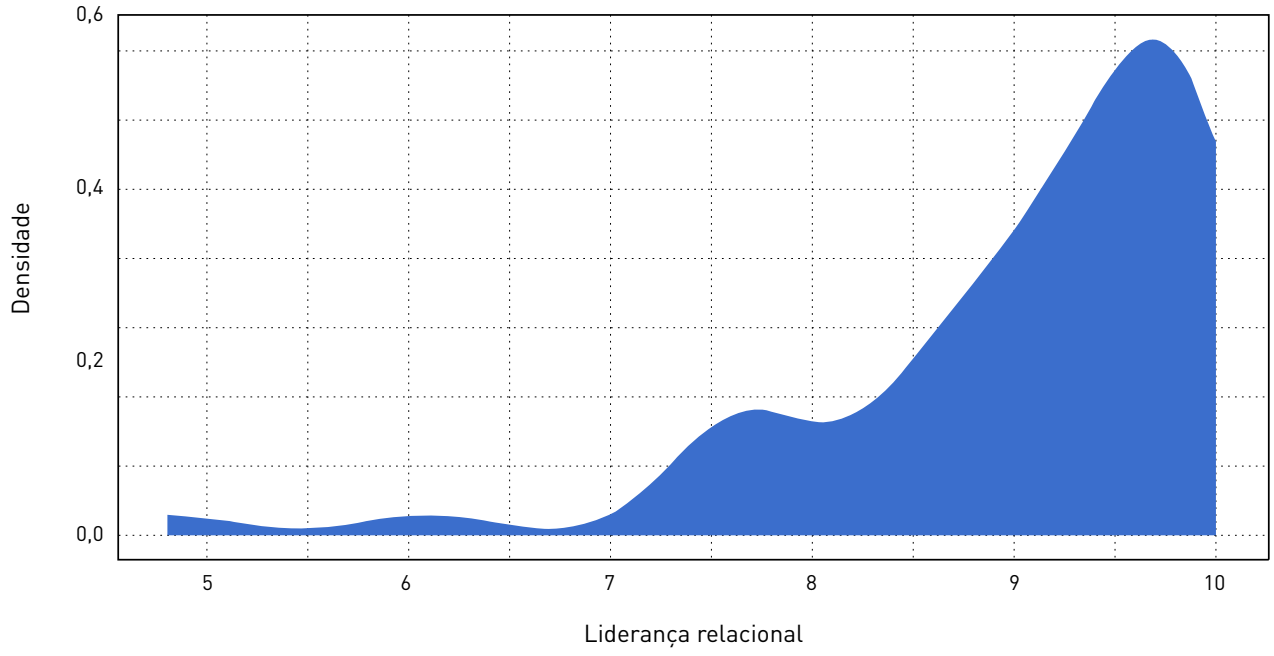
FIGURA 1 – **DISTRIBUIÇÃO DOS RESULTADOS DA ESCALA DE MODERNIDADE**




Fonte: Dados da pesquisa.

Com base nos dados das Figuras 1 e 2, registram-se também valores elevados para ambas as escalas, indicando alto grau de aderência entre os itens propostos, na percepção dos respondentes.

FIGURA 2 – **DISTRIBUIÇÃO DOS RESULTADOS DA ESCALA DE LIDERANÇA RELACIONAL**




Fonte: Dados da pesquisa.

Além disso, análise comparativa entre os constructos *modernidade de políticas e práticas organizacionais* e *liderança relacional*, conduzida por meio do cálculo da ANOVA, envolvendo medidas repetidas de uma via (*one-way within-subjects*), aponta para diferenças expressivas entre os itens de liderança e os fatores da escala de modernidade ($F(3,147) = 15$, $p < 0,01$), indicando valores significativamente superiores para as dimensões "modernidade administrativa e das práticas de gestão de pessoas" e "modernidade política" (Tabela 2).

TABELA 2 – **RESULTADOS DESCRITIVOS DOS FATORES**

| | LIDERANÇA RELACIONAL | MODERNIDADE TOTAL | MODERNIDADE CULTURAL | MODERNIDADE ADMINISTRATIVA | MODERNIDADE POLÍTICA |
|---|---|---|---|---|---|
| **M** | 9,05 | 8,39 | 8,88 | 8,33 | 8,18 |
| **DP** | 1,06 | 1,43 | 1,2 | 1,61 | 1,59 |
| **MIN** | 4,78 | 2,74 | 5 | 1,64 | 3,8 |
| **Q1** | 8,7 | 7,87 | 8,5 | 7,86 | 7 |
| **MED** | 9,41 | 8,7 | 9 | 8,68 | 8,4 |
| **Q3** | 9,84 | 9,48 | 10 | 9,64 | 9,4 |
| **MAX** | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 |

*(continua)*

| | LIDERANÇA RELACIONAL | MODERNIDADE TOTAL | MODERNIDADE CULTURAL | MODERNIDADE ADMINISTRATIVA | MODERNIDADE POLÍTICA |
|---|---|---|---|---|---|
| MAD | 0,68 | 1,19 | 1,11 | 1,38 | 1,78 |
| IQR | 1,11 | 1,53 | 1,5 | 1,73 | 2,4 |
| CV | 0,12 | 0,17 | 0,14 | 0,19 | 0,19 |
| ASS. | -1,87 | -1,52 | -1,42 | -1,75 | -0,81 |
| CURT. | 4,1 | 3,09 | 1,92 | 4,1 | -0,11 |

Nota: M: Média; DP: desvio-padrão; Min: Valor mínimo obtido; Q1: 1º quartil; Med: Mediana; Q3: 3º quartil; Max: Valor máximo obtido; MAD: Desvio-absoluto da mediana; IQR: Intervalo interquartil; CV: Coeficiente de Variação; Ass.: Coeficiente de Assimetria; Curt.: Coeficiente de Curtose.

Fonte: Dados da pesquisa.

Quanto ao cálculo da correlação entre a liderança relacional e as dimensões de modernidade organizacional, os resultados apontam para correlações positivas e significativas no conjunto dos fatores investigados, conforme explicitado na Tabela 3.

TABELA 3 – **RESULTADOS CORRELACIONAIS DE LIDERANÇA RELACIONAL E MODERNIDADE ORGANIZACIONAL**

| | LIDERANÇA TOTAL | MODERNIDADE CULTURAL | MODERNIDADE DE GESTÃO | MODERNIDADE POLÍTICA |
|---|---|---|---|---|
| LIDERANÇA TOTAL | 1 | | | |
| MODERNIDADE CULTURAL | 0,79 | 1 | | |
| MODERNIDADE DE GESTÃO | 0,85 | 0,83 | 1 | |
| MODERNIDADE POLÍTICA | 0,65 | 0,58 | 0,72 | 1 |

Fonte: Dados da pesquisa.

## DISCUSSÃO E CONCLUSÕES

A partir da investigação de relações entre os constructos *liderança relacional* e *modernidade organizacional* em setor ainda pouco explorado nos debates acadêmicos e institucionais – as organizações profissionais (*professional services*), como as do segmento de prestação de serviços

jurídicos (BORCK, 2008) –, pôde-se constatar que: (i) há maiores escores de modernidade cultural em relação às dimensões modernidade administrativa e das práticas de gestão de pessoas e modernidade política, sugerindo, pelo menos no nível do discurso, uma maior abertura aos modelos de gestão contemporâneos; (ii) não obstante, registra-se a prevalência de menores escores concernentes à dimensão política, o que reflete uma dinâmica de modernização ainda de base conservadora; (iii) há correlação positiva e significativa entre liderança relacional e modernidade organizacional, indicando aspectos como o exercício de estilo de liderança mais coletivo e distribuído, o que tende a favorecer o desenvolvimento de políticas e práticas mais aderente às novas configurações e aos modelos de negócios, centrados em arquiteturas mais flexíveis e horizontalizadas.

Ainda no que se refere à instância da modernidade organizacional, é possível ressaltar quanto à dimensão cultural significativa ênfase em aspectos como a iniciativa e a responsabilidade individual. Esses achados muito provavelmente se relacionam ao fato de os escritórios de advocacia se constituírem em organizações intensivas em capital humano, tendo como valores centrais de atuação a autonomia e a competência técnica de seus profissionais (CASTELO JR. e TURETA, 2014).

Soma-se a isso os próprios achados apontarem para a difusão, nos escritórios de advocacia investigados, de modelos contemporâneos de gestão (*management*), sintomatizados na prevalência de profissionais mais jovens e com pouco tempo de casa (SANT'ANNA *et al.*, 2016). Já no que tange ao exercício da liderança, os achados sugerem significativa presença de elementos associados ao estilo relacional. Em linhas gerais, pode-se constatar elevada presença de características de uma liderança coletiva e distribuída, superando estilos de liderança fortemente centrados no comando-controle e na orientação a tarefas (CLEARY *et al.*, 2018; UHL-BIEN, 2006). Constata-se, pela literatura revisada, que aspectos associados à natureza do trabalho e à necessidade de ambiências organizacionais com demanda por maiores níveis de autonomia e flexibilidade – como as *professional services* – tendem a se caracterizar pela presença de comportamentos e estilos de liderança mais relacionais (SANT'ANNA *et al.*, 2017; QUICK, 2014).

Ainda no que concerne ao estilo de liderança relacional, uma importante contribuição deste artigo consiste na proposição de um conjunto de indicadores passível de ser aplicado em sua mensuração. Por meio desses indicadores, configura-se possível acessar um amplo leque de variáveis contextuais, organizacionais e pessoais que, mensuradas, podem constituir recurso valioso à identificação, atração e retenção de talentos mais aderentes às demandas contemporâneas de organizações e instituições envolvidas com a instância dos serviços jurídicos. Igualmente, a constatação de correlação positiva e significativa entre modernidade organizacional e liderança relacional traz à tona diversas possibilidades de introdução de políticas e práticas organizativas mais afins aos desafios da gestão desse importante segmento, em profunda transformação.

Quanto a limitações do estudo, cabe salientar que a dimensão cultural – e a dimensão das culturas nacional e local – constitui fator relevante à compreensão das dinâmicas e dos

comportamentos inerentes a qualquer estudo em ciências sociais aplicadas. Há que se considerar, todavia, que, diferentemente de contextos históricos passados, fatores como a disseminação de tecnologias de informação e comunicação, a facilitação dos meios de transporte, o intercâmbio e a formação contínua em diferentes contextos socioeconômicos e culturais tendem a minimizar eventuais limitações associadas à geografia física. Ao contrário, podem evidenciar tendências ao isomorfismo e à reprodução de discursos hegemônicos, com acesso cada vez mais amplo entre profissionais de mesma ocupação a redes de contato global, redes sociais, capacitação em instituições com bases curriculares similares, intercâmbios profissionais, bibliografias, eventos e discursos homogêneos, vivências internacionais e formação de docentes em mesmos programas. Em outros termos, o profissional tende a ser mais desterritorializado e global, mais virtualmente nômade e isomorfo.

Revelam-se interessantes estudos futuros que abranjam outros grupos amostrais, em diferentes geografias e contextos socioculturais. De toda forma, os achados deste estudo indicam a relevância de maior consideração por parte dos escritórios de advocacia das transformações em curso associadas à chamada Quarta Revolução Industrial, em particular no que diz respeito à profissionalização do aparato de gestão, considerando os impactos das novas tecnologias sobre os fundamentos dos negócios, os desenhos e as estruturas organizativas e os estilos de gestão e liderança.

Isso poderá permitir a construção e sustentação de dinâmicas organizacionais com maior aderência (*fitness*) entre suas principais instâncias – política, cultural, administrativa – e estilos de liderança – relacionais –, capazes de dar respostas mais efetivas à identificação, ao desenvolvimento, à mobilização e à retenção de competências organizacionais e pessoais distintivas, diante de ambientes de negócios marcados por um ritmo de disrupções sem precedentes. Nesses ambientes, a criação, a inovação e o que de mais singular há no humano – seus desejos, sua criatividade, seu engajamento – podem se manifestar em fatores centrais de diferenciação e vantagem competitivas, em contraposição a ambiências organizacionais mecanicistas, prescritivas, padronizadas, autoritárias e centralizadas, comumente associadas a certos imaginários de *management* e a estilos de dominação – não de liderança –, ameaçados pelas atuais tecnologias digitais e por formas outras de inteligência não humana.

Em suma, esse parece o desafio da gestão, e em particular da liderança, na transição em curso das organizações para a Economia 4.0, Economia Digital, Revolução 4.0, Quarta Revolução Industrial, Modernidade Tardia. Independentemente da inexistência de rótulos, um aspecto parece evidenciar-se: os profissionais e os escritórios de advocacia não passarão incólumes a essa onda de transformações.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Neusa Maria Costa; COLUCI, Marina Zambon Orpinelli. Validade de conteúdo nos processos de construção e adaptação de instrumentos de medidas. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 7, p. 3061-3068, 2011. Disponível em: http://bit.ly/33hjTrb. Acesso em: 22 nov. 2019.

ANDERSON, Chris. *Makers*: The New Industrial Revolution. New York: Crown Business, 2012.

ANUNCIAÇÃO, Luis *et al*. Redução da Escala Tendência Empreendedora Geral (TEG-FIT) a partir do Coeficiente de Validade de Conteúdo (CVC) e Teoria da Resposta ao Item (TRI). *Revista Eletrônica de Ciência Administrativa*, Curitiba, v. 17, n. 2, p. 192-207, 2018.

BASS, Bernard M. *Handbook of Leadership*: Survey of Theory and Research. New York: The Free Press, 1990.

BORCK, Nefhar. Crescimento consciente. *Revista Advogados Mercados & Negócios*, São Paulo, ano 3, n. 17, p. 35, 2008.

BRATTON, John; GOLD, Jeff. *Human Resource Management*: Theory and Practice. Macmillan Education, 2017.

BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *Race against the Machine*. Boston, MA: MIT Sloan Management, 2011.

BURNS, Tom; STALKER, George. *The Management of Innovations*. London: Tavistock, 1961.

BURNS, James MacGregor. *Leadership*. New York: Harper & Row, 1978.

CASTELO JR., Clóvis; TURETA, César. A nova advocacia pós-profissional e a modernização das grandes sociedades de advocacia empresarial brasileiras. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 18, n. 6, p. 813-831, 2014.

CHRISTENSEN, Clayton Magleby. *The Innovator's Dilemma*: When New Technologies Cause Great Firms to Fail. Cambridge, MA: Harvard Business Review Press, 2006.

CLEARY, Susan *et al*. Enabling Relational Leadership in Primary Healthcare Settings: Lessons from the DIALHS Collaboration. *Health Policy and Planning*, London, v. 33, supl. 2, p. 65-74, 2018.

CUNLIFFE, Ann L.; ERIKSEN, Matthew. Relational Leadership. *Human Relations*, Thousand Oaks, v. 64, n. 11, p. 1425-1449, 2011.

DAY, David V.; HARRISON, Michelle M. A Multilevel, Identity-based Approach to Leadership Development. *Human Resource Management Review*, Amsterdam, v. 17, n. 4, p. 360-373, 2007.

EBOLI, Marisa P. *Modernidade na gestão de bancos*. 1996. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computadorizing. *Technological Forecasting and Social Change*, v. 114, p. 254-280, 2010.

FURR, R. Michael. *Scale Construction and Psychometrics for Social and Personality Psychology*. London: SAGE Publications, 2011.

GONÇALVES, José Ernesto Lima. Os novos desafios da empresa do futuro. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 10-19, 1997.

GONÇALVES, Marco Antonio P. Atuação estratégica dos departamentos jurídicos. *In*: INVESTIDURA. *Investidura*: portal jurídico. Florianópolis: Investidura, 2008. Disponível em: http://bit.ly/2OAGwl0. Acesso em: 2 jul. 2019.

GONÇALVES, Ricardo P. O papel do advogado nas empresas. *Administradores.com*. João Pessoa, 13 abr. 2012. Disponível em: https://administradores.com.br/artigos/o-papel-do-advogado-nas-empresas. Acesso em 22 out. 2021.

GREENWOOD, Royston; LACHMAN, Ran. Change as an Underlying Theme in Professional Service Organizations: An Introduction. *Organization Studies*, Thousand Oaks, v. 17, n. 4, p. 563-572, 1996.

HOWELL, David C. *Fundamental Statistics for the Behavioral Sciences*. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2011.

ISMAIL, Salim. *Exponential Organizations*: Why New Organizations Are Ten Times Better, Faster, and Cheaper than Yours (and What to Do about It). New York: Diversion, 2014.

KAPLAN, Jerry. *Humans Need not Apply*: A Guide to Wealth and Work in the Age of Artificial Intelligence. New Haven (CT): Yale University Press, 2017.

KELLY, Kevin. *The Inevitable*: Understanding the Twelve Technological Forces that Will Shape our Future. New York: Penguin Books, 2016.

KERLINGER, Fred Nichols. *Metodologia da pesquisa em ciências sociais*: um tratamento conceitual. São Paulo: EPU, 1980.

LEE, Timothy B. *The Productivity Paradox*: Why We're Getting More Innovation but Less Growth. New York: Vox Media, 2016.

MARKERT, Werner. Novos paradigmas do conhecimento e modernos conceitos de produção: implicações para uma nova didática na formação profissional. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 21, n. 72, p. 177-196, 2000.

MARÔCO, João. *Análise de equações estruturais*: fundamentos teóricos, *software* & aplicações. Pêro Pinheiro: ReportNumber, 2010.

MINTZBERG, Henry. *Criando organizações eficazes*: estrutura em cinco configurações. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Adriano Becattini de. *Liderança e valores organizacionais*: um estudo junto a servidores públicos municipais. 2015. 102 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

MORGAN, Jacob. *The Future ofWork*: Attract New Talent, Build Better Leaders, and Create a Competitive Organization. Hoboken (NJ): Wiley, 2014.

QUICK, Kathryn. Taking a Relational Turn in Leadership Studies. *Public Administration Review*, Hoboken, v. 74, n. 4, p. 542-544, 2014.

REVELLE, William. *Package "Psych"*: Procedures for Psychological, Psychometric and Personality Research. Eugene: R Package, 2018. Disponível em: http://bit.ly/2DduJnt. Acesso em: 25 nov. 2019.

ROSS, Alec. *The Industries of the Future*. New York: Simon & Schuster, 2016.

SANT'ANNA, Anderson de Souza; FERREIRA, Jaqueline; COELHO DOS SANTOS, Tania. Revolução 4.0: uma "radiografia" de países de economia desenvolvida e do Brasil. *Revista de Empreendedorismo, Negócios e Inovação*, São Bernardo do Campo, v. 4, n. 2, p. 27-50, 2020.

SANT'ANNA, Anderson de Souza; MORAES, Lúcio Flávio Renault de; KILIMNIK Zélia Miranda. Competências individuais, modernidade organizacional e satisfação no trabalho: um estudo de diagnóstico comparativo. *RAE-eletrônica*, v. 4, n. 1, p. 1-23, 2005.

SANT'ANNA, Anderson de Souza; NELSON, Reed Eliot; CARVALHO NETO, Antônio Moreira. Fundamentos e dimensões da liderança relacional. *DOM: Revista da Fundação Dom Cabral*, Nova Lima, v. 9, n. 26, p. 16-21, 2015.

SANT'ANNA, Anderson de Souza *et al*. Liderança e sustentabilidade: contribuições de estudos sobre dinâmicas socioespaciais de reconversão e requalificação de funções econômicas. *Revista de Administração, Contabilidade e Economia*, Joaçaba, v. 16, n. 3, p. 1133-1160, 2017.

SANT'ANNA, Anderson de Souza *et al*. Competências individuais e modernidade organizacional: um estudo comparativo entre profissionais de organizações mineiras e baianas. *Gestão & Produção*, São Carlos, v. 23, n. 2, p. 308-319, 2016.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SELEM, L. Advocacia em transformação. *Advogados: Mercados & Negócios*, São Paulo, ano 4, n. 22, p. 42-45, 2009.

SRNICEK, Nick; WILLIAMS, Alex. *Inventing the Future*: Postcapitalism and a World without Work. London: Verso, 2016.

STANLEY, David J.; SPENCE, Jeffrey R. Reproducible Tables in Psychology Using the apaTables Package. *Advances in Methods and Practices in Psychological Science*, Thousand Oaks, v. 1, n. 3, p. 1-17, 2018. Disponível em: http://bit.ly/33eeeSF. Acesso em: 25 nov. 2019.

SUSSKIND, Richard. *The End of Lawyers*: Rethinking the Nature of Legal Services. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *The Future of the Professions*: How Technology Will Transform the Work of Human Experts. Glasgow: Oxford University Press, 2017.

TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.

UHL-BIEN, Mary. Relational Leadership Theory: Exploring the Social Processes of Leadership and Organizing. *The Leadership Quarterly*, Amsterdam, v. 17, n. 6, p. 654-676, 2006.

UHL-BIEN, Mary; ARENA, Michael. Leadership for Organizational Adaptability: A Theoretical Synthesis and Integrative Framework. *The Leadership Quarterly*, v. 29, p. 89-104, 2018.

WICKHAM, Hadley. *Tidyverse*: Easily Install and Load the "Tidyverse" Packages. R package version 1.0.0. Boston: RStudios, 2016.

YAMMARINO, Francis J.; DANSEREAU, Fred; KENNEDY, Christina J. A Multiple-Level Multidimensional Approach to Leadership: Viewing Leadership Through an Elephant's Eye. *Organizational Dynamics*, Amsterdam, v. 29, n. 3, p. 149-163, 2001.

ZAJDSZNAJDER, Luciano. Pós-modernidade e tendências da administração contemporânea. *Boletim Técnico do SENAC*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 10-19, 1993.

**Como citar este artigo:**

MENDES, Lucca Darwich; SANT'ANNA, Anderson de Souza; DINIZ, Daniela Martins. Liderança relacional e modernidade organizacional em firmas de advocacia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2140. https://doi.org/10.1590/2317-6172202140

*Lucca Darwich Mendes*

Mestre em Administração pela Fundação Dom Cabral (FDC). Sócio-fundador e administrador da Mendes Advocacia e Consultoria.

*lucca@mendesadv.com*

*Anderson de Souza Sant'Anna*

Pós-doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Administração. Doutor em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV-EAESP).

*anderson.santanna@fgv.br*

*Daniela Martins Diniz*

Doutora em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da Universidade Federal de São João del Rei (UFSJ).

*danidiniz09@yahoo.com.br*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 19.04.2020
Aprovado: 17.09.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202142

# As companhias brasileiras são socialmente sustentáveis? Uma análise das iniciativas nos relatórios de sustentabilidade de companhias brasileiras

*ARE BRAZILIAN COMPANIES SOCIALLY SUSTAINABLE? AN ANALYSIS OF THE INITIATIVES ON BRAZILIAN COMPANIES' SUSTAINABILITY REPORTS*

*Ligia Pires Pinto*[1], *André Terreri*[2] e *Heloisa Bianquini*[3]

**Resumo**

Este artigo apresenta um levantamento das iniciativas de sustentabilidade social adotadas por companhias que compõem o Ibovespa, utilizando seus relatórios de sustentabilidade publicados entre 2012 e 2016 como fontes de pesquisa. A pesquisa tem como objetivo realizar uma análise crítica do estado da arte da gestão da sustentabilidade social no contexto corporativo brasileiro. A metodologia adotada para a coleta e a sistematização dos dados foi a teorização fundamentada em dados (TFD). Os autores observaram correlações positivas entre a adoção de iniciativas de sustentabilidade social e o número de funcionários, a capitalização de mercado e a reputação das companhias. Observou-se também que, nos relatórios de sustentabilidade, o conceito de sustentabilidade é entendido de forma a privilegiar a dimensão ambiental, em detrimento do aspecto social, com exceção dos investimentos sociais. Por fim, verificou-se que a diversidade foi negligenciada em relação a outras categorias de iniciativas.

**Palavras-chave**

Sustentabilidade; sustentabilidade social; responsabilidade social corporativa; *compliance*; direito empresarial.

***Abstract***

*This article presents a survey about social sustainability initiatives adopted by companies that compose the Ibovespa index, using their sustainability reports published from 2012 to 2016 as research sources. The research aims to carry out a critical analysis of the state of the art of social sustainability management in the Brazilian corporate context. The methodology adopted for the gathering and organization of data was grounded theory. The authors observed positive correlations between the adoption of social sustainability initiatives and the number of employees, market capitalization, and corporate reputation. It was also observed that, on sustainability reports, the concept of sustainability is understood in a way that privileges the environmental dimension to the detriment of the social aspect, exceptions made for social investments. Finally, it was noted that diversity initiatives have been comparatively neglected in comparison to other categories of initiatives.*

***Keywords***

*Sustainability; social sustainability; corporate social responsibility; compliance; business law.*

**1** Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-1842-8713

**2** Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Catalunha, Espanha
https://orcid.org/0000-0003-4939-0874

**3** Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5558-1194

CC BY-NC

## Introdução

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 170[1] uma ordem econômica que tem, como princípio implícito, a função social da empresa. Embora não cite nominalmente esse conceito, o texto constitucional estabelece uma série de princípios que sujeitam a atividade dos entes privados a ditames de justiça social. A literatura jurídica sobre o tema se debruçou, desde então, sobre tentativas de definição do conceito de função social da empresa (COMPARATO, 1986 e 1996; GRAU, 1984; LAMY FILHO, 1992; PINTO JR., 2010).

Essa literatura discute o tema partindo de algumas perguntas principais: no que consiste e como concretizar o princípio da função social da empresa? Quais instrumentos jurídicos podem ser empregados para incentivar ou obrigar as empresas a desempenharem um papel mais ativo na promoção do bem-estar social? Esse trabalho de conceitualização e reflexão é de extrema relevância para a avaliação de sua concretização a partir de instrumentos jurídicos.

Entretanto, esses trabalhos não levam em conta a perspectiva dos agentes econômicos na assunção da função social da empresa por meio da adoção de políticas e práticas voluntárias nesse sentido. Tendo em mente essa lacuna na literatura, este artigo visa oferecer algumas contribuições à gestão da sustentabilidade social no Brasil a partir da apresentação de um levantamento do estado da arte das iniciativas de sustentabilidade social das companhias brasileiras.

O objetivo deste artigo é discutir o desenvolvimento da temática da sustentabilidade social no Brasil a partir do conceito de função social da empresa e dos dados obtidos por este levantamento, que foi conduzido de acordo com a metodologia da teorização fundamentada em dados (TFD). Em primeiro lugar, a comparação e a análise de iniciativas das companhias de maior relevância no ambiente corporativo nacional podem ser úteis para fundamentar novas iniciativas e aprimorar as existentes. Em segundo lugar, o estudo dessas iniciativas fornece subsídios para a criação de novos modelos regulatórios e melhora dos existentes em temas de sustentabilidade social.

Em terceiro lugar, o artigo desenvolve argumentos que exploram, de forma inédita, as intersecções entre o princípio jurídico da função social da empresa e a temática da gestão da sustentabilidade social. Busca-se compreender como formas de autorregulação introduzidas pelos próprios agentes de mercado, como certificações voluntárias setoriais e multissetoriais,

1 Art. 170 da Constituição Federal: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. […]".

bem como políticas e práticas corporativas de sustentabilidade social podem ser formas de concretização desses princípios.

## 1. O DEBATE SOBRE OS PAPÉIS E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Um dos espaços mais relevantes de exercício de poder social é o ambiente corporativo. Os atores que têm poder de deliberação dentro das grandes companhias detêm o potencial de gerar desenvolvimento econômico e social. As decisões tomadas por essas empresas geram externalidades positivas e negativas: apesar da geração de empregos e riquezas para a sociedade, as empresas impõem custos sociais e ambientais sem necessariamente pagarem por isso (SILVEIRA, 2015, p. 64).

Por isso, ao longo do tempo, desenvolveu-se um grande debate com o objetivo de compreender qual seria a melhor maneira de lidar com as consequências sociais da atividade empresarial. A despeito do relativo consenso quanto à necessidade de se reduzirem os custos das externalidades negativas, há dissenso em relação à repartição de responsabilidades entre governos e companhias. As duas posições centrais nesse debate são a contratualista e a institucionalista (SILVEIRA, 2015).

A posição contratualista foi popularizada pela obra *The Modern Corporation and Private Property* (em português, *A sociedade anônima moderna e a propriedade privada*), de Adolf Berle e Gardiner Means (1932). Berle e Means propuseram a teoria da agência, que tem como pressuposto a ideia de que os acionistas são donos da empresa e os executivos são seus representantes. Como meros representantes, os últimos deveriam guiar sua atuação pelo melhor interesse dos *shareholders* e pela maximização de seus lucros.

Os autores sustentaram essa posição em sentido normativo, afirmando que os acionistas deveriam ser priorizados por serem os únicos a investirem capital irrecuperável na companhia, sem garantia jurídica de retorno financeiro (SILVEIRA, 2015). Berle e Means também afirmaram que uma governança guiada apenas pela geração de lucro geraria maior eficiência econômica. As empresas deveriam então pagar por suas externalidades, mas o montante deveria ser definido por governos democraticamente eleitos e não por executivos.

Entretanto, esse debate contou com um posicionamento contrário, a favor da assunção de um maior protagonismo da empresa na promoção do bem-estar social. A posição institucionalista teve origem nos escritos do industrial alemão Walther Rathenau (1966, p. 912). O autor viu nas sociedades empresariais instrumentos para o renascimento econômico da República de Weimar. As organizações, segundo ele, deveriam transcender a sociedade comercial e não atuarem somente para atender aos interesses dos sócios (SALOMÃO, 1998, p. 8).

Já na década de 1930, outro proponente do institucionalismo, Merrick Dodd, travou longo debate com Berle e Means. Dodd (1932, p. 1148) afirmou que o debate público cada vez mais via a companhia aberta como "uma instituição econômica que tem uma função social

tanto quanto uma função de geração de lucros". Para ele, acionistas não são os únicos que investem capital irrecuperável nas companhias: pode-se dizer o mesmo de funcionários que investem em formações específicas a seus cargos ou governos que constroem infraestrutura para atrair empresas.

As críticas se disseminaram nos Estados Unidos, onde a titularidade acionária das empresas é bastante pulverizada. Outros países, como Alemanha, França e Japão, tiveram ordenamentos jurídicos influenciados pelo institucionalismo. O mesmo ocorreu no Brasil: a Lei de Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/1976) prevê, no parágrafo único do art. 116,[2] o exercício do poder pelo acionista controlador para fazer a companhia "realizar o seu objeto e cumprir sua função social", explicitando os deveres para com "os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender".

É possível dizer que o princípio da função social da empresa é um claro herdeiro da posição institucionalista sobre o papel da empresa, por enxergá-la como ator social que deve atender a interesses mais amplos do que os dos acionistas. O institucionalismo, traduzido juridicamente no princípio de função social da empresa, traz também o germe de um conceito desenvolvido em um momento posterior na discussão sobre a sustentabilidade social, que é o de partes interessadas. É possível observar isso na própria Lei de Sociedade por Ações, que, de certa forma, considera os funcionários e a comunidade em torno da empresa *stakeholders* legítimos, que devem ter suas perspectivas levadas em conta.

A teoria das partes interessadas, proposta por R. Edward Freeman, argumenta que as empresas devem ser conduzidas por um modelo de negócios que leve em conta os interesses de todas as pessoas por elas afetadas ("partes interessadas"), mesmo que isso diminua os lucros dos acionistas a curto prazo (FREEMAN, 1984). Freeman afirma que, a longo prazo, o modelo gera maior eficiência econômica, maior capacidade adaptativa e perenidade do negócio. A teoria das partes interessadas acabou por prevalecer tanto nos debates teóricos quanto na prática empresarial – nesse último caso por meio da adoção de políticas e práticas voltadas a esses públicos.

2 Art. 116 da Lei de Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/1976): "Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender".

A ordem econômica instituída pelos ditames constitucionais também estabelece princípios aos agentes econômicos que têm como consequência normativa a consideração da sociedade empresarial como instituição com fins mais amplos do que a geração de lucro, e que deve desempenhar uma função social.[3] Além disso, o texto normativo reconhece no direito societário brasileiro a função de instrumento de implementação de políticas públicas em prol desses valores – além do art. 170, o art. 219[4] dispõe que o mercado interno deve ser incentivado para viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico.

Nessa esteira, a descentralização administrativa presente na Constituição teve papel relevante para a assunção de um maior protagonismo dos entes privados na promoção do bem-estar social. Ao delegar boa parte da prestação de serviços públicos relevantes, como educação e saúde, aos estados e municípios, tal arranjo incentivou a cooperação entre o setor público e o privado em iniciativas de caráter filantrópico e de inclusão social, facilitando o trabalho conjunto em razão da maior proximidade com os entes (FISCHER, 2005; SANCHEZ-RODRIGUEZ, 2014). O déficit das contas públicas e a hiperinflação dos anos 1980 tornaram essas iniciativas cada vez mais necessárias.

Houve um breve retorno da teoria da agência nos anos 1980 e 1990, em um contexto de políticas de austeridade em países como Estados Unidos e Inglaterra. Contudo, crises e escândalos empresariais no fim da década de 1990 e na década de 2000 (como a crise asiática e a crise financeira de 2008) geraram ceticismo quanto à eficiência gerada por uma gestão pautada na ideia de maximização de lucros de acionistas como única prioridade das empresas.

Assim, o novo conceito de sustentabilidade empresarial ganha força, visto que serve para propagar a ideia de que as empresas deveriam desempenhar funções de promoção do bem-estar social. Lançado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente, o documento "Nosso Futuro Comum" estabeleceu o conceito de sustentabilidade como o dever de planejar a utilização de recursos nas atividades econômicas, levando-se em conta as necessidades do presente, sem prejudicar o atendimento das necessidades econômicas, sociais e ambientais das futuras gerações.

Isso significa que as companhias devem buscar alinhar seus interesses não apenas com as demandas de suas partes interessadas atuais, mas também com as demandas das próximas

3 O art. 170 estabelece os princípios da chamada "ordem econômica", que teriam "por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". Esses objetivos, que devem ser levados em conta na atividade exercida por agentes econômicos, trazem princípios que se relacionam claramente à temática da sustentabilidade social. Entre esses princípios, estão, em especial, a função social da propriedade (inc. III), a defesa do consumidor (inc. V), a defesa do meio ambiente (inc. VI) e a redução das desigualdades sociais (inc. VII).

4 Art. 219 da Constituição Federal: "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. [...]".

gerações. Assim, mais do que uma preocupação social, ambiental ou de governança, a sustentabilidade é um aspecto fundamental a ser considerado em uma estratégia que busque garantir a perenidade do negócio de uma companhia.

A ideia de sustentabilidade, no limite, nada mais é do que uma forma de conceitualização da função social da empresa a partir de uma perspectiva que enfatiza essa atuação como, mais do que um dever, um imperativo estratégico. Já a sustentabilidade social, também conhecida como responsabilidade social corporativa, é um conceito que enxerga como um imperativo ético para as companhias a manutenção de uma "relação ética e transparente da organização com todas as suas partes interessadas, visando ao desenvolvimento sustentável", conforme a norma NBR 16001/ABNT.

Parte-se do pressuposto de que as empresas devem agir de forma voluntária para promover o desenvolvimento de sua comunidade e mitigar externalidades negativas. Do ponto de vista ético e da justiça social, a justificativa desse dever é a ideia de que a empresa está inserida na sociedade e dela se beneficia para captação de recursos para sua atividade. Por outro lado, do ponto de vista pragmático, entende-se que tais iniciativas podem ser positivas para o desempenho financeiro da companhia – isso porque elas contribuem para a menor exposição das empresas a riscos econômicos, jurídicos e reputacionais.

Novamente, o conceito de sustentabilidade social também pode ser considerado um novo enquadramento da função social da empresa, enfatizando a assunção de responsabilidades por parte dos agentes econômicos como forma de mitigação de riscos. Em consonância com essa mudança de paradigma, começaram a surgir as primeiras iniciativas corporativas de sustentabilidade, que logo se tornaram pauta do dia nas grandes companhias (OECD, 2001).

Tais iniciativas, além de atenderem à legislação, tendem a extrapolá-la, criando padrões de atuação e se somando de forma a criar um ambiente de autorregulação empresarial pró-sustentabilidade. Essas iniciativas chegaram ao Brasil, primeiro adotadas por empresas multinacionais (FLEURY, 2000) e posteriormente disseminadas nas companhias nacionais por demandas de fornecedores, clientes, consumidores e investidores, principalmente internacionais.

Hoje o Brasil é visto como liderança em sustentabilidade empresarial entre os países em desenvolvimento (MOON, 2019; GRÜNINGER, 2019; SANCHEZ-RODRIGUEZ, 2014), resultado de um longo caminho de disseminação de valores de sustentabilidade no contexto corporativo. Como marcos do protagonismo brasileiro nesse processo, podem-se citar a contribuição para a criação do padrão internacional ISO 26000, que estabelece diretrizes em sustentabilidade ambiental, e a Conferência Rio+20 (Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável), sediada no Rio de Janeiro.

No entanto, ainda existem inúmeros desafios para a implantação adequada de parâmetros de sustentabilidade no contexto brasileiro. Entre os fatores estruturais a serem apontados, vale indicar as altas e crescentes taxas de desigualdade social e pobreza no Brasil

(NERI, 2018), aliadas a processos históricos de exclusão como a escravidão. O ambiente de negócios brasileiro é também marcado pela corrupção (MOON, 2019).

O *enforcement* jurídico é deficiente ou mesmo inexistente em certas regiões, incluindo âmbitos trabalhista e ambiental (SOBCZAK e MARTINS, 2010). A segurança mitigada em relação a direitos de propriedade (PORTUGAL GOUVÊA, 2012) e a grande burocracia existente para o exercício legal da atividade empresarial (DOBERS e HALME, 2009) também influenciam negativamente na assunção de responsabilidades social e ambiental por parte das empresas.

## 2. Método adotado

O método empregado neste artigo baseou-se na leitura e na sistematização das informações de relatórios de sustentabilidade, os quais são disponibilizados pelas próprias companhias em suas páginas na internet. Essa sistematização foi realizada de acordo com a metodologia da teorização fundamentada em dados, na qual foram criadas categorias e subcategorias de iniciativas, que serviram para a conformação de base de dados em formato binário.

### 2.1. Perfil da amostra

Quanto ao perfil das companhias, o trabalho teve como objeto 62 das 66 companhias que compõem o Ibovespa.[5] Delas:

- Cinquenta e cinco são de controle privado e 7 são de controle misto.
- Entre as companhias de controle privado, 7 passaram por processo de privatização.
- Quinze por cento são do setor primário, 51% são do setor secundário e 34% são do setor terciário.
- Os setores mais presentes são: energia (9); instituições financeiras (6); e construção civil e infraestrutura (6).
- A maioria está na menor faixa de capitalização de mercado (R$ 1-10 bilhões).
- A maioria está na faixa mediana de número de funcionários (10 mil-25 mil).

5 Foram excluídas do recorte de pesquisa as companhias Itaúsa e Metalúrgica Gerdau por serem controladoras de empresas que já constavam do recorte (Banco Itaú Unibanco e Gerdau), sendo as informações relatadas as mesmas. Também foi excluída a empresa BB Seguridade, que era parte do Banco do Brasil, mas teve o seu capital aberto, pois os relatórios de ambas também eram os mesmos. Optou-se por excluir a Bradespar por ser apenas uma gestora das participações acionárias do Bradesco.

### 2.2. Perguntas de pesquisa e fontes empregadas

A pergunta central a que este estudo busca responder é: *"Quais são as iniciativas de sustentabilidade social informadas pelas companhias participantes do Ibovespa em seus relatórios anuais ou de sustentabilidade? O que elas têm a dizer sobre a assunção do papel de promoção do bem-estar social (função social) por parte das companhias brasileiras?*". Essa questão central é acompanhada de subperguntas de pesquisa voltadas a verificar a possível existência de padrões quanto à adoção de iniciativas de sustentabilidade social. Perguntou-se:

- Quais as iniciativas mais adotadas? Como estavam posicionadas as iniciativas de sustentabilidade social nesse contexto?
- Quais companhias têm melhor desempenho quanto à adoção dessas iniciativas? Há algum padrão quanto à adoção dessas iniciativas em relação a variáveis relativas às companhias (tipo de controle, setor econômico, porte, capitalização de mercado das companhias, reputação e desempenho em variáveis financeiras)?

A fonte principal da pesquisa foram os relatórios anuais ou de sustentabilidade publicados pelas companhias do Ibovespa – documentos cujo objetivo é a descrição de todos os aspectos da atividade empresarial em um relato completo, para um público diversificado. A pesquisa do tipo de controle das empresas foi feita manualmente. No que se refere à categorização por setores econômicos, esta foi baseada nos Indicadores Ethos (2013), com adaptações.[6]

Por último, os dados referentes às variáveis financeiras, ao porte das companhias e à capitalização de mercado foram obtidos por meio da plataforma Economatica. Os dados relativos à reputação corporativa são do Ranking Merco de Reputação Corporativa.

### 2.3. Descrição das variáveis criadas a partir da codificação

Fez-se a elaboração de categorias a partir dos relatórios, utilizando análise documental e TFD, uma técnica de pesquisa que tem como objetivo garantir que elaborações teóricas e categorias de análise em uma dada pesquisa guardem relação estreita com os dados coletados. Trata-se de uma técnica indutiva – isto é, suas perguntas de pesquisa não partem de uma hipótese a ser verificada por meio da observação empírica (GLASER e STRAUSS, 1967).

A TFD tem como objetivo permitir a teorização enraizada nos dados obtidos, indo além de uma simples descrição para entendê-los como reiterações de um fenômeno social. Ela prescreve a codificação dos dados coletados em três categorias, de crescente complexidade. A codificação aberta (que no Quadro 1 é identificada como "conteúdo da subcategoria") consiste na construção de códigos de baixo grau de complexidade e alto grau de enraizamento no texto.

6 A categoria do setor "Petróleo e gás" foi absorvida pela categoria "Química e petroquímica", e o setor "Farmacêutica" foi redesignado como "Farmacêutica e cuidados pessoais".

A codificação axial tem como fim a elaboração de categorias mais abrangentes. Trata-se, neste artigo, do que é denominado "subcategoria" e "categoria". Já a codificação seletiva, que consiste na elaboração de macrocategorias, bem como na teorização a respeito delas, tem como fim a discussão dos elementos obtidos pelas codificações anteriores, principalmente a partir de análises comparativas. O conteúdo da codificação encontra-se no Quadro 1, a seguir.

QUADRO 1 – **CATEGORIZAÇÃO ELABORADA PARA A PESQUISA**

| MACROCATEGORIA | CATEGORIA | SUBCATEGORIA | CONTEÚDO DA SUBCATEGORIA |
|---|---|---|---|
| CONTEXTO DE SUSTENTABILIDADE DAS COMPANHIAS | SUSTENTABILIDADE VOLTADA AO PÚBLICO EXTERNO | COMUNICAÇÃO E ENGAJAMENTO COM PARTES INTERESSADAS | IDENTIFICAÇÃO DE DEMANDAS DOS PÚBLICOS DE INTERESSE DAS COMPANHIAS E CRIAÇÃO DE CANAIS PARA CAPTÁ-LAS. |
| | SUSTENTABILIDADE VOLTADA AO PÚBLICO INTERNO | INICIATIVAS GERAIS DE SUSTENTABILIDADE CORPORATIVA | INICIATIVAS AMPLAS DE SUSTENTABILIDADE QUE INTEGRAM OS ASPECTOS AMBIENTAL, SOCIAL E ECONÔMICO/DE GOVERNANÇA. |
| | | SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL | DIMENSÃO AMBIENTAL DA SUSTENTABILIDADE. |
| | | GOVERNANÇA CORPORATIVA E COMBATE À CORRUPÇÃO | SUSTENTABILIDADE NA GOVERNANÇA DA COMPANHIA. |
| | | GESTÃO DE PESSOAS | INICIATIVAS DE ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS. |
| INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL | SUSTENTABILIDADE SOCIAL VOLTADA AO PÚBLICO EXTERNO | COMUNICAÇÃO E PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL ENTRE AS PARTES INTERESSADAS | INICIATIVAS VOLTADAS A ASSEGURAR O COMPROMISSO COM A SUSTENTABILIDADE SOCIAL POR PARTE DOS PÚBLICOS DE INTERESSE DA COMPANHIA. |
| | | INVESTIMENTO SOCIAL PRIVADO EXTERNO | INVESTIMENTO EM PROJETOS SOCIAIS JÁ EXISTENTES OU CRIAÇÃO DE PROJETOS SOCIAIS. |
| | | INVESTIMENTO SOCIAL PRIVADO EXTERNO EM PROL DA DIVERSIDADE | INVESTIMENTO EM PROJETOS EXISTENTES EM DIVERSIDADE OU CRIAÇÃO DE PROJETOS. |
| | SUSTENTABILIDADE SOCIAL VOLTADA AO PÚBLICO INTERNO | ACULTURAMENTO INTERNO EM PROL DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL | PROMOÇÃO INTERNA DOS VALORES, PRINCÍPIOS E METAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL. |
| | | QUALIDADE DE VIDA E SAÚDE DOS COLABORADORES | GARANTIA DA SAÚDE E SEGURANÇA DE COLABORADORES E CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. |
| | | EQUILÍBRIO ENTRE TRABALHO E VIDA PESSOAL DOS COLABORADORES | FLEXIBILIZAÇÃO DE HORÁRIOS E ROTINAS DE TRABALHO OU CONCESSÃO DE LICENÇAS. |
| | | INCLUSÃO EM PROL DA DIVERSIDADE | INCLUSÃO DE GRUPOS SOCIAIS SUB-REPRESENTADOS NO QUADRO FUNCIONAL DA COMPANHIA. |
| | | CAPACITAÇÃO E ASCENSÃO EM PROL DA DIVERSIDADE | ASCENSÃO DE GRUPOS SUB-REPRESENTADOS NOS QUADROS DA COMPANHIA. |
| | | MONITORAMENTO EM PROL DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL | CENSOS E MENSURAÇÕES EM TEMAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL. |

Fonte: Categorias elaboradas pelos autores.

# 3. Principais resultados

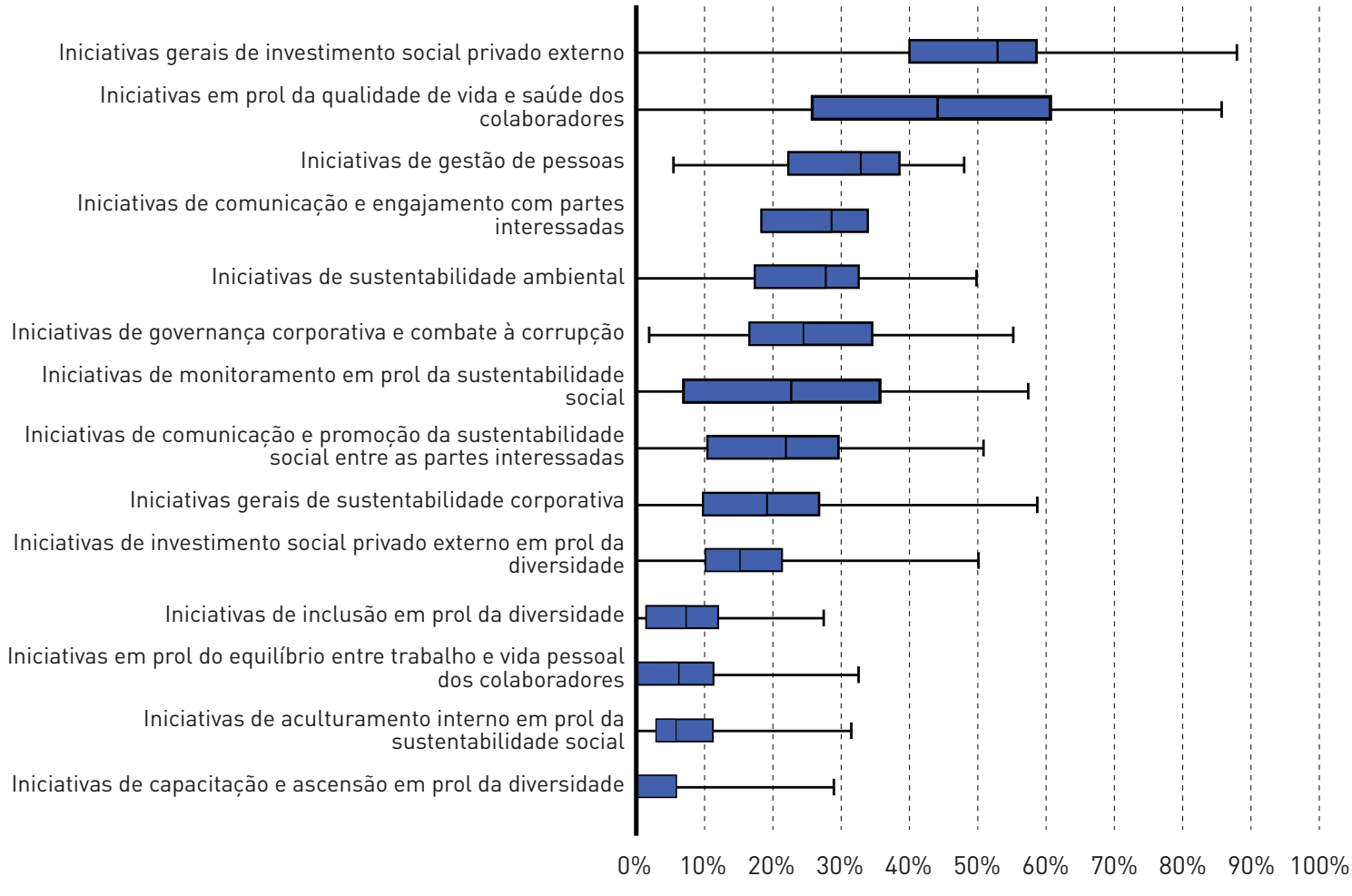
## 3.1. A sustentabilidade social no contexto das iniciativas de sustentabilidade

### 3.1.1. Pontuações em macrocategorias de iniciativas de sustentabilidade

Nesta seção, é traçado um panorama da gestão da sustentabilidade das companhias brasileiras e do posicionamento da sustentabilidade social a partir dos dados sobre adoção de iniciativas pertencentes às macrocategorias elaboradas.

No Gráfico 1, a seguir, observa-se que os investimentos das empresas em sustentabilidade não se distribuem de maneira uniforme. Em primeiro lugar estão os investimentos em projetos sociais, o que indica grande preocupação das companhias com o desenvolvimento das comunidades nas quais atuam. As cinco formas mais comuns de investimento social estão presentes em mais da metade dos relatórios. Entre os possíveis motivos para isso, pode-se citar a fácil utilização dessas ações como marketing para as companhias.

GRÁFICO 1 – **Pontuações médias em iniciativas de sustentabilidade, por categorias de iniciativas**




Fonte: Elaboração própria.

O investimento em projetos sociais é uma forma relativamente barata e simples de associar a imagem da empresa a valores de sustentabilidade e conferir a ela certa legitimidade. Também pode servir como forma de gestão reputacional conforme estudos que indicam correlação entre maior reputação corporativa e o investimento filantrópico (FOMBRUN e SHANLEY, 1990).

A opção por focar a atuação social nesses tipos de projetos é antiga no ambiente corporativo nacional. Em pesquisa realizada em 1999, 57% de 1.200 companhias nacionais possuíam projetos sociais fora do âmbito da missão e da estratégia estabelecidas pela organização (FISCHER, 1999). O estudo indica que os quatro temas favoritos para o investimento social empresarial eram, como constatado de forma semelhante nesta pesquisa, a educação, o meio ambiente, a cultura e a saúde. O público de interesse preferido são crianças e adolescentes.

Esse cenário pouco mudou: os temas e o público dos projetos sociais são os mesmos. Isso ocorre em parte porque a atuação estatal em diversas áreas se mantém deficiente. Os resultados refletem um contexto institucional frágil, no qual organizações da sociedade civil e entidades privadas assumem responsabilidades estatais. No entanto, há autores que veem na disseminação dessas iniciativas modismo e certa falta de senso crítico dos líderes de organizações, os quais buscam essa atuação para se legitimar de forma personalista, em vez de reivindicar uma atuação mais proativa do Estado (JAMALI e MIRSHAK, 2007).

O investimento em projetos sociais é facilitado por leis de captação de patrocínio, como a Lei Rouanet (Lei n. 8.313/1991) e a Lei de Incentivo ao Esporte (Lei n. 11.438/2006), as quais possibilitam dedução no imposto de renda de parte dos valores investidos em projetos sociais. Diferentemente do pretendido, essas leis podem servir como incentivo para que a atuação em sustentabilidade social por parte das empresas se dê de forma desequilibrada, priorizando a atuação externa em detrimento da interna em temas como diversidade ou equilíbrio entre trabalho e vida pessoal.

Como os recursos das companhias são finitos e o investimento em sustentabilidade social não parece ser prioridade da maioria delas, é importante que o formulador de políticas públicas reflita sobre quais incentivos estabelece e quais papéis desempenhados pelas companhias acabam sendo negligenciados, ao menos em parte, em razão desses mesmos incentivos. Os investimentos sociais são importantes, mas menos do que a introdução de princípios de sustentabilidade social nas atividades centrais para o negócio da companhia. Além disso, é essencial que se considerem outras partes interessadas, como o público interno.

A segunda categoria no *ranking* é a de iniciativas em prol da saúde e qualidade de vida dos colaboradores. A categoria compreende políticas destinadas à saúde e à prevenção de doenças ocupacionais dos funcionários e à qualidade de vida como um todo. São iniciativas que têm como objetivo evitar eventuais contingências perante a justiça trabalhista em relação a acidentes de trabalho, fomentar a atração e retenção de talentos por meio do oferecimento de benefícios e reduzir o absenteísmo de colaboradores por lesões e doenças.

Nos últimos lugares estão as iniciativas em prol da diversidade, de equilíbrio entre trabalho e vida pessoal dos colaboradores e aculturamento interno. As iniciativas menos adotadas

são voltadas ao público interno da companhia, à mudança da cultura da empresa e em prol da diversidade. Trata-se de uma perda de oportunidade em termos de gestão de sustentabilidade. O investimento no público externo é mais visível e tem potencial de gerar maior publicidade positiva – e a publicidade é relevante na correlação entre a adoção de iniciativas de sustentabilidade e desempenho financeiro da firma (WAGNER, 2010).

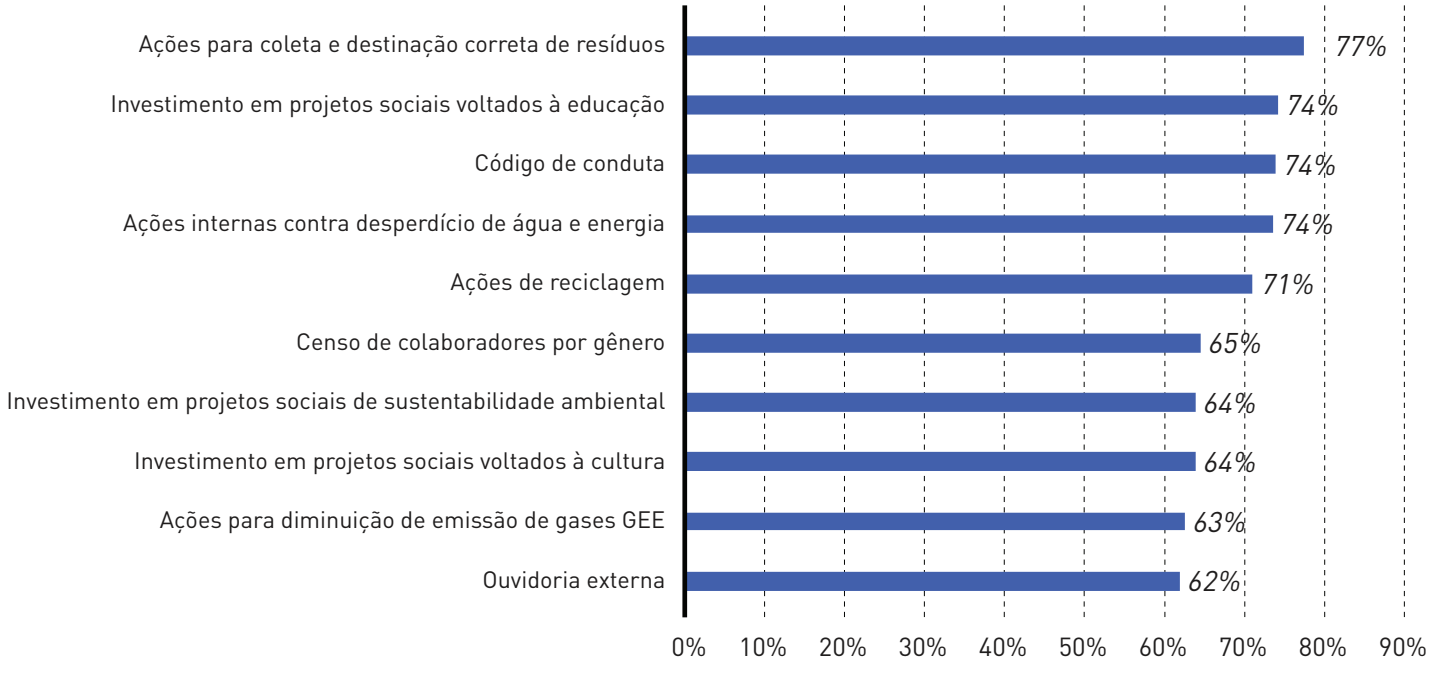
Entretanto, o investimento no público interno é igualmente importante para a atração e a retenção de talentos, representando uma vantagem competitiva (BOXALL e STEENEVELD, 1999; BOXALL e PURCELL, 2003) e contribuindo para a inovação, a produtividade (BOXALL e PURCELL, 2003) e a perenidade do negócio (HAMEL e PRAHALAD, 1993; LEONARD-BARTON, 1998). Nessa toada, a dificuldade no recrutamento de talentos e o *turnover* excessivo acarretam custos financeiros e não financeiros relevantes para a organização.

Por óbvio, os custos resultantes do *turnover* e da perda de talentos podem ser mitigados com a adoção de medidas que favoreçam o equilíbrio entre trabalho e vida pessoal de colaboradores e que promovam o respeito à diversidade no ambiente de trabalho. Essas políticas e práticas aumentam o engajamento e a intenção de funcionários de permanecer na empresa (CATALYST, 2005), além de servirem para a atração de novos talentos, principalmente de grupos sociais sub-representados (KANG *et al.*, 2016).

### 3.1.2. As dez iniciativas de sustentabilidade mais adotadas

Os percentuais de presença das dez iniciativas de sustentabilidade mais adotadas nos relatórios estão indicados no Gráfico 2, a seguir.

GRÁFICO 2 – **PERCENTUAIS DE PRESENÇA DAS DEZ INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE MAIS ADOTADAS NOS RELATÓRIOS**




Fonte: Elaboração própria.

Entre as dez iniciativas mais frequentes nos relatórios analisados, 50% são voltadas à sustentabilidade ambiental e 30% a projetos sociais. A predominância dos temas ambientais indica uma concepção de sustentabilidade atrelada à dimensão ambiental do conceito. O dado corrobora estudos anteriores, os quais constataram que, no contexto corporativo, a sustentabilidade social é comparativamente menos trabalhada (LABUSCHAGNE, BRENT e ERCK, 2005; VISSER e SUNTER, 2002).

Alguns autores teorizam que, quanto mais a atividade econômica de uma companhia for ligada à exploração de recursos naturais, mais ela priorizará iniciativas voltadas a aspectos ambientais da sustentabilidade (JONES, 1999). Aqui, a predominância das iniciativas ambientais parece confirmar tal hipótese, embora possa estar ligada à super-representação dos setores primário e secundário de indústria de base na amostra (como energia elétrica, infraestrutura, química e petroquímica, papel e celulose, etc.).

Tal hipótese também é endossada por outras pesquisas nacionais. Estudo aponta que iniciativas empresariais em empresas do Norte do Brasil, que geralmente exploram recursos naturais e estão perto da Floresta Amazônica, são mais voltadas à sustentabilidade ambiental (GALEGO-ÁLVAREZ, FORMIGONI e ANTUNES, 2014). Já as empresas do Nordeste, região com maiores índices de pobreza no país (IBGE, 2018), têm mais iniciativas de sustentabilidade social (GALEGO-ÁLVAREZ, FORMIGONI e ANTUNES, 2014).

Trata-se de resultado esperado à luz da teoria dos *stakeholders*. As práticas de responsabilidade social corporativa podem variar dependendo das diferenças entre setores econômicos quanto a pressões e demandas socioambientais das partes interessadas. Contudo, uma ênfase excessiva em um só aspecto da sustentabilidade pode resultar em desequilíbrio em relação aos outros pilares (governança e social).

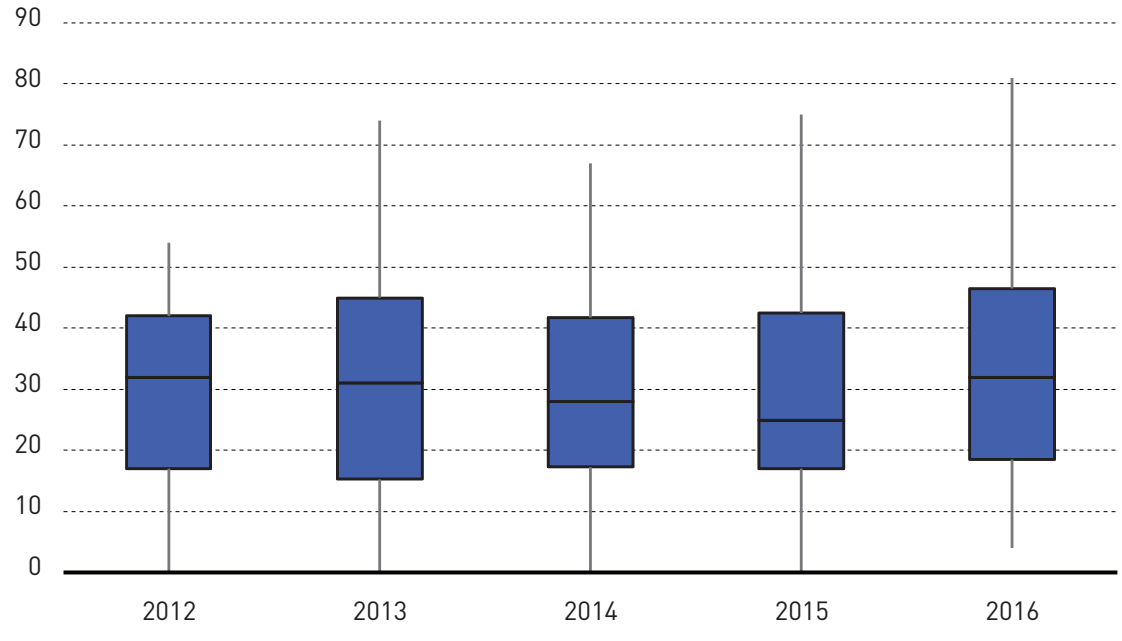
Estudos sobre sustentabilidade e performance financeira de companhias indicam que a correlação entre desempenho financeiro e investimento em sustentabilidade ambiental é mais forte do que em relação a investimentos em sustentabilidade social e de governança (WAGNER, 2010). Constatou-se que investimento na sustentabilidade ambiental tem efeitos diretos na performance econômica, enquanto na social tem só efeitos de moderação.

A mesma pesquisa aponta que a publicidade das iniciativas adotadas pela empresa modera a correlação entre desempenho econômico e adoção delas. Isso sugere que a alta correlação entre performance financeira e atuação ambiental pode ser devida, em parte, a um consenso maior do público em relação à necessidade da preservação da natureza do que em relação à diminuição das desigualdades sociais.

### 3.2. Pontuação total em iniciativas de sustentabilidade social

Notou-se que não houve aumento significativo quanto à adoção de iniciativas de sustentabilidade social entre 2012 e 2016 (ver Gráfico 3). Como o Brasil atualmente encontra-se em uma fase de consolidação de iniciativas do tipo (SANCHEZ-RODRIGUEZ, 2014), é esperado que não ocorram grandes mudanças durante a janela temporal estudada.

GRÁFICO 3 – **PONTUAÇÃO TOTAL EM INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL, POR ANO DOS RELATÓRIOS**




Fonte: Elaboração própria.

### 3.3. AS DEZ COMPANHIAS COM MELHOR PONTUAÇÃO EM INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL

No *ranking*[7] das dez companhias com melhor pontuação em iniciativas de sustentabilidade social, vê-se que a liderança em iniciativas do gênero está com o setor terciário, mais especificamente com as instituições financeiras, que contam com quatro companhias entre os dez primeiros lugares. Logo em seguida estão as empresas do setor secundário, com duas do setor de bens de produção e uma do setor de bens de consumo. As empresas do setor primário estão em posição inferior quanto à liderança na temática (Tabela 1).

7 O *ranking* foi criado a partir da média das pontuações obtidas por ano nos relatórios publicados de cada uma das companhias. O cálculo da média considerou apenas os anos em que houve de fato publicação, para não prejudicar empresas que não fizeram relatos todos os anos.

TABELA 1 – ***RANKING*** **DE COMPANHIAS PERTENCENTES AO RECORTE COM MAIS INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL PRESENTES NOS RELATÓRIOS ANUAIS OU DE SUSTENTABILIDADE**

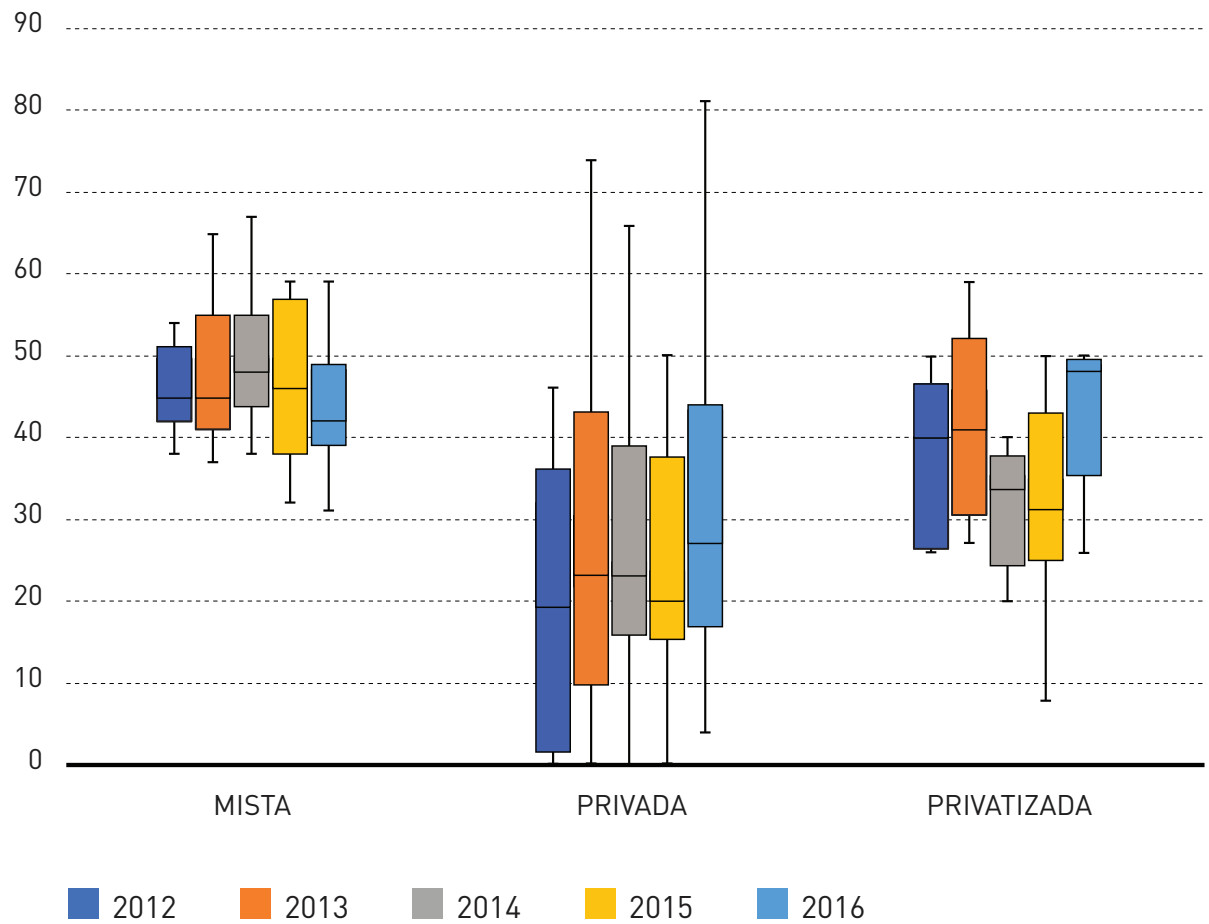
| COLOCAÇÃO NO *RANKING* | COMPANHIA | PONTUAÇÃO |
|---|---|---|
| 1 | ITAÚ UNIBANCO | 64 |
| 2 | BANCO DO BRASIL | 60 |
| 3 | ELETROBRAS | 50 |
| 4 | BM&F BOVESPA | 47 |
| 5 | BANCO BRADESCO | 46 |
| 5 | BRF | 46 |
| 6 | NATURA | 45 |
| 7 | PETROBRAS | 44 |
| 8 | VALE | 43 |
| 9 | OI | 42 |
| 10 | BANCO SANTANDER | 38 |

Fonte: Elaboração própria, com dados obtidos a partir da média das pontuações anuais nos relatórios publicados de cada uma das companhias.

### 3.4. PONTUAÇÃO EM INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL POR TIPO DE CONTROLE ACIONÁRIO

Quanto ao tipo de controle, vimos que o desempenho em adoção de iniciativas de sustentabilidade social das companhias mistas é 43% superior ao das companhias privadas (Gráfico 4). As companhias que foram privatizadas têm pontuação 19% melhor do que a das companhias que sempre tiveram controle privado. Entretanto, há a ressalva de que o número de empresas de capital misto analisadas é pequeno. Observadas ano a ano, as mistas têm mais iniciativas se comparadas às suas contrapartes privadas em todos os anos da pesquisa.

GRÁFICO 4 – **DESEMPENHO DAS COMPANHIAS EM INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL POR TIPO DE CONTROLE**




Fonte: Elaboração própria.

As empresas privatizadas apresentaram maior pontuação média do que as privadas. No entanto, a pontuação das privatizadas é menor do que a das mistas. O resultado sugere que o controle estatal tem um peso relevante na incidência de políticas de sustentabilidade social: as privatizadas, como conjunto, estão entre as mistas e as privadas. Uma hipótese para isso é a presença de certa mentalidade de "bem-estar social" na cultura das companhias.

Das catorze companhias analisadas que são de capital misto ou privatizado,[8] boa parte surgiu durante os anos 1930 a 1950, período no qual ocorreu um processo de industrialização por meio da substituição de importações. Cinco delas foram fundadas nos governos dos presidentes que mais encamparam a posição desenvolvimentista: Getúlio Vargas (CSN, Vale, Cemig, Petrobras) e Juscelino Kubitschek (Usiminas – além disso, a Cemig foi fundada em Minas Gerais, quando ele era governador do estado).

8 As companhias de capital misto são: Banco do Brasil, Eletrobras, Cesp, Sabesp, Cemig, Copel e Petrobras. Já as companhias privatizadas: CSN, CPFL Energia, Embraer, Oi, Telefônica, Usiminas e Vale.

Assim, pode haver uma presença de ideologias desenvolvimentistas e gerencialistas em organizações que têm ou tiveram controle estatal. A própria condição de empresa pública pode influenciar essas empresas a terem outras preocupações além de gerar lucro aos acionistas. De acordo com os discursos vistos nos relatórios, elas parecem ver como parte de suas atribuições a garantia de um certo nível de vida e benefícios para seus funcionários. O regime do funcionalismo público também pode ter peso significativo.

Além disso, pode ser que nessas empresas haja visão mais ampla da função social da empresa, alinhada a objetivos governamentais. Também é digno de nota que atualmente o Governo Federal possui uma série de compromissos voluntários para promover os direitos humanos nas organizações.[9] O bom desempenho das estatais tende a continuar com a introdução de normas que induzem maior transparência. A Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016) exige que companhias mistas publiquem relatórios de sustentabilidade ou integrados,[10] o que pode incentivar a melhora dos processos em sustentabilidade, em razão do reporte ao público.

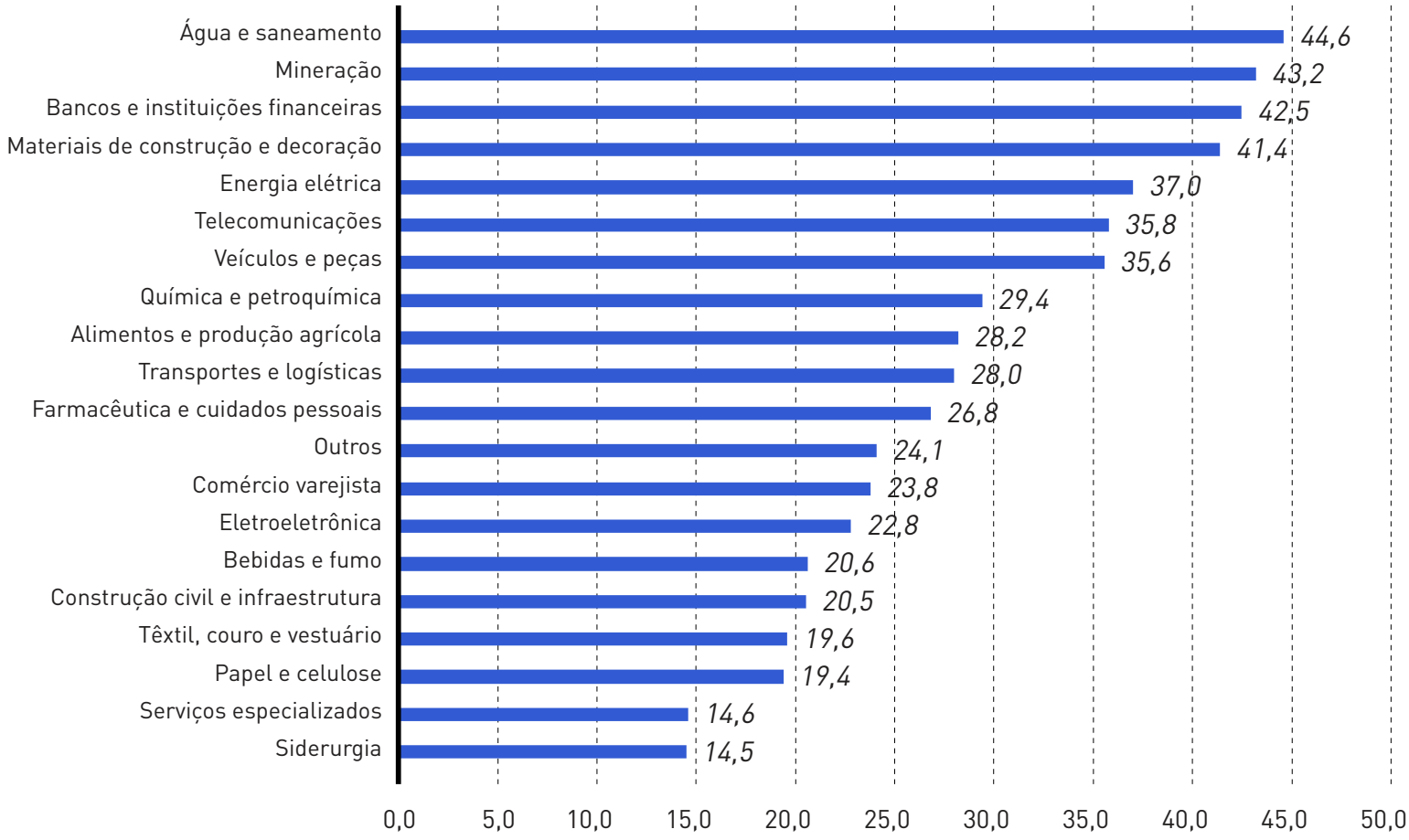
### 3.5. Pontuação em iniciativas de sustentabilidade social por setor de atividade econômica

Quanto aos setores econômicos, o setor terciário tem a melhor média de pontuação (31 pontos). Em seguida vem o setor secundário (29) e, com pior desempenho, o primário (25). Em iniciativas de sustentabilidade social, o setor terciário tem desempenho 19% melhor do que o primário (Gráfico 5). A que se pode atribuir essa diferença de padrões de atuação entre os diferentes setores?

9 Por exemplo, o Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça, a Declaração de Compromisso Corporativo no Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, e o Cadastro de Empresa Pró-Ética.

10 Art. 8º da Lei n. 13.303/2016: "As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: [...] IX – divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade".

GRÁFICO 5 – **PONTUAÇÕES MÉDIAS EM INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL POR SETOR DE ATIVIDADE ECONÔMICA**




Fonte: Elaboração própria.

A literatura já reportou a existência de fenômenos miméticos quanto à adoção de iniciativas empresariais (DIMAGGIO e POWELL, 1983). Quando uma empresa dominante em um setor econômico adota uma política, as outras companhias tendem a adotá-la para não perderem competitividade. As empresas que instituem boas práticas também desempenham, de forma indireta, a função de disseminação destas dentro de seu setor. O pertencimento a um setor pode prever até comportamentos ilegais por parte das empresas (BAUCUS e NEAR, 1991).

Nesta pesquisa, nota-se que as companhias cujo negócio consiste na prestação de serviços, mais ligadas ao consumidor, têm performance mais elevada em sustentabilidade social. Entretanto, no setor secundário, aquelas que produzem bens de consumo vão pior do que as que produzem bens de produção, contrariando estudos que observaram que empresas do setor de bens de consumo teriam melhor desempenho no tema (JONES, 1999) por serem mais atentas às percepções do consumidor e terem maior exposição ao público.

Portanto, no caso do setor terciário, a maior adoção de iniciativas de sustentabilidade social pode ser devida à maior exposição delas à opinião pública, à geração de publicidade positiva e à possibilidade de converter a publicidade em vantagem competitiva. Já no setor secundário

de bens de produção, a disseminação das iniciativas pode se dever ao fato de que muitas das empresas lidam intensamente com recursos naturais, estando mais expostas ao escrutínio de autoridades ambientais, escândalos e danos reputacionais. A literatura notou esse fenômeno em empresas do setor primário com as mesmas características (JONES, 1999).

É possível, então, verificar que a performance em sustentabilidade social varia em função do setor de atividade da companhia, como indicam alguns autores (BELIVEAU, COTTRILL e O'NEILL, 1994; JONES, 1999). Nesse sentido, há estudo que observou correlação positiva entre os níveis de adoção de iniciativas de responsabilidade social corporativa de uma empresa e os níveis de adoção de outras que são suas competidoras no mesmo setor (BELIVEAU, COTTRILL e O'NEILL, 1994).

Descontando-se setores cujo universo amostral é reduzido, por conterem apenas uma empresa (água e saneamento, materiais de construção e decoração, mineração e eletroeletrônica), os líderes em desempenho em adoção de iniciativas de sustentabilidade social quanto aos setores de atividade econômica são instituições financeiras, telecomunicações e energia elétrica. Já os setores com as piores pontuações são serviços especializados, siderurgia e papel e celulose. O setor de instituições financeiras possui desempenho 66% melhor do que os setores de siderurgia e serviços especializados.

É possível constatar no Gráfico 5 outro dado relevante: os setores com maior número de iniciativas são aqueles mais regulados no contexto nacional. Os setores de telecomunicação e energia elétrica têm agências reguladoras próprias (Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel – e Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel), que fiscalizam e impõem regras específicas ao setor. As instituições financeiras estão sujeitas às resoluções provenientes do Banco Central (Bacen), que, apesar de ser uma autarquia ligada ao Governo Federal, funciona como uma agência reguladora, fiscalizando o sistema financeiro nacional.

O Bacen determinou, em 2014, que instituições financeiras devem adotar política socioambiental.[11] Já a Aneel estabelece, desde 2001, a publicação de balanço social por parte das companhias do setor elétrico.[12] Os dados sugerem que a regulação estatal tem grande potencial para influenciar agentes de mercado a adotarem mais iniciativas em prol da sustentabilidade social.

• • •

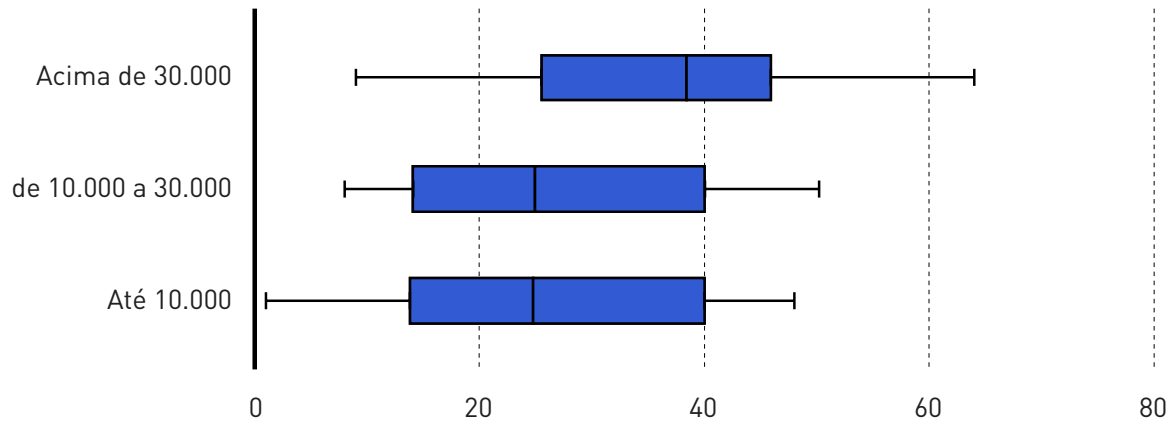
11 Resolução Bacen n. 4.327/2014: "Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre as diretrizes que, considerados os princípios de relevância e proporcionalidade, devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil".

12 Resolução Aneel n. 444/2001: "Institui o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, englobando o Plano de Contas revisado, com instruções contábeis e roteiro para elaboração e divulgação de informações econômicas e financeiras". Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica: "6.2. 5. [...] Com a Prestação Anual de Contas – PAC, serão enviadas as Demonstrações Contábeis do

### 3.6. Pontuação em iniciativas de sustentabilidade social por porte

O Gráfico 6, relativo à pontuação em iniciativas de sustentabilidade social por número de funcionários da companhia, sugere a existência de relação entre quantidade de colaboradores e maior presença dessas iniciativas. Pode ser que empresas maiores, justamente pela relevância numérica, sofram maior pressão do mercado e de outros *players* relevantes para a adoção de tais ações, como já sugerido em outro trabalho sobre o tema (JONES, 1999).

GRÁFICO 6 – **Pontuações médias em iniciativas de sustentabilidade social por número de funcionários**



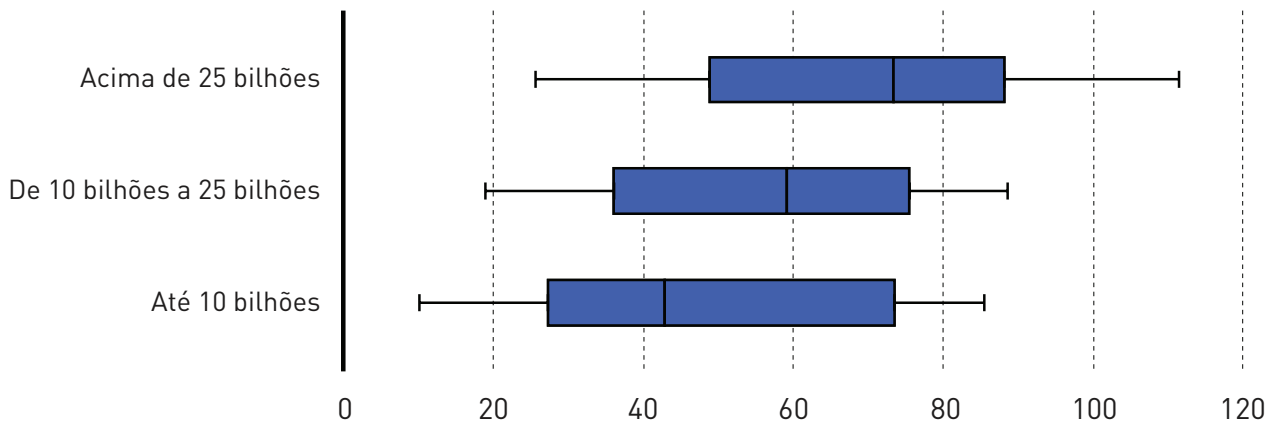

Fonte: Elaboração própria.

### 3.7. Pontuação em iniciativas de sustentabilidade social por capitalização de mercado

Resultado similar é visível no Gráfico 7, relativo à pontuação em capitalização de mercado da empresa: aquelas que possuem maior capitalização têm mais iniciativas. Essa relação pode ser uma via de mão dupla: talvez as empresas que têm maior valor de mercado fiquem mais expostas a pressões pela adoção dessas políticas e acabem as implantando; ou a adoção delas seja um dos componentes responsáveis pelo maior valor de mercado da companhia. Ambas são hipóteses apoiadas por estudos sobre o tema.

exercício findo publicadas nos termos da Resolução ANEEL no 64, de 13 de março de 1998, incluindo a Composição do Capital Social, o Balanço Social, a Demonstração do Fluxo de Caixa e a Demonstração do Valor Adicionado".

GRÁFICO 7 – **PONTUAÇÕES MÉDIAS EM INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL POR CAPITALIZAÇÃO DE MERCADO**




Fonte: Elaboração própria.

A literatura sobre investimento em sustentabilidade e resultado econômico das companhias geralmente verifica correlação positiva entre as duas variáveis a longo prazo (PEREIRA MOLINER *et al.*, 2015; LEONIDOU *et al.*, 2013; LLACH *et al.*, 2013; GALDEANO-GÓMEZ, 2008). Também foi constatado o potencial do desenvolvimento de políticas e práticas de sustentabilidade como vantagem competitiva (GONZÁLEZ-BENITO e GONZÁLEZ-BENITO, 2005). No entanto, há trabalhos que só verificaram efeitos indiretos, e não correlações claras (ZHU, CORDEIRO e SARKIS, 2013) em contextos nacionais específicos.

Há estudo que indica correlação negativa entre iniciativas do tipo e rentabilidade financeira a curto prazo (KHANNA e DAMON, 1999), a despeito de a correlação positiva se manter no longo prazo. Outro indica que os investimentos em sustentabilidade podem prejudicar o desempenho financeiro em empresas de pequeno porte (CAÑÓN e GARCÉS, 2006).

Isso sugere que a gestão de sustentabilidade social talvez seja pensada e pautada a partir da realidade e do *benchmarking* das práticas de empresas de porte muito elevado. Assim, mesmo empresas que são grandes em relação à média nacional, mas que não são as maiores, podem encontrar dificuldades na implementação de iniciativas do tipo. A falta de parâmetros realistas e adequados ao porte das companhias pode ser ainda mais grave para as pequenas e médias empresas (PMEs), cuja realidade não é capturada por este estudo.

A promoção da sustentabilidade nas PMEs tem um impacto social significativo (VIVES, 2005) e subestimado no contexto nacional. No Brasil, 99% dos estabelecimentos empresariais são pequenas e médias empresas, as quais são responsáveis por 52% dos empregos formais no setor privado (SEBRAE, 2019).

Estudo feito com pequenos e médios empreendedores indicou que estes veem como principal obstáculo a uma atuação mais ativa quanto à criação de políticas e práticas de responsabilidade social corporativa em suas empresas a falta de recursos e de conhecimento sobre o

tema (VIVES, 2005). Fica clara, portanto, a necessidade de mais estudos sobre a sustentabilidade social nas PMEs, bem como de iniciativas empresariais e políticas públicas voltadas à promoção desses valores e difusão de conhecimento para esse público.

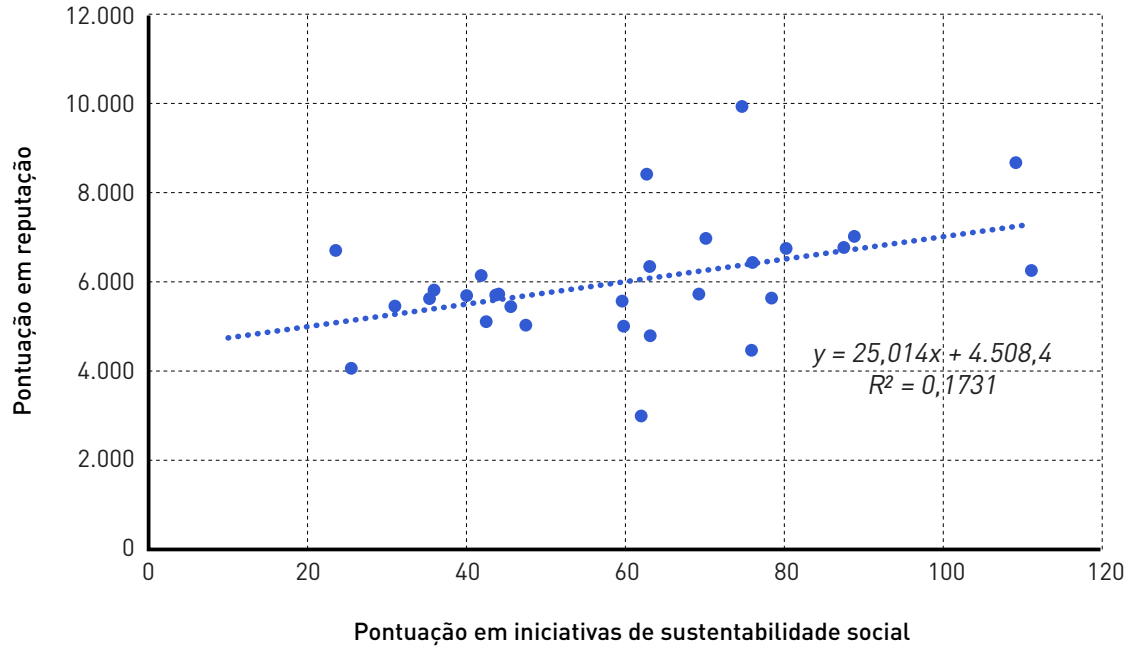
### 3.8. Pontuação em iniciativas de sustentabilidade social por reputação empresarial

A reputação é uma métrica importante para avaliação do desempenho geral de uma companhia. Com base em reputação, partes interessadas frequentemente tomam decisões relevantes sobre investimentos, produtos e trajetórias de carreira (DOWLING, 1986; FOMBRUN e SHANLEY, 1990). As consequências positivas de uma boa reputação corporativa incluem possibilidade de cobrar preços mais altos, aumento de acesso ao mercado de capitais, atração de investidores, maiores retornos por meio da diminuição da mobilidade de rivais no setor, entre outras (ver revisão de FOMBRUN e SHANLEY, 1990).

Foi analisada a relação entre a quantidade de iniciativas de sustentabilidade social e a reputação corporativa das companhias. Foram utilizados os *rankings* de reputação corporativa da Merco de 2014 e 2016 para minimizar eventuais distorções, já que aparentemente as empresas estatais caíram no *ranking* de 2016 devido à crise. Mesmo assim, os resultados obtidos foram semelhantes para os dois anos analisados. Analisando-se a relação entre a reputação e a quantidade de iniciativas de sustentabilidade social, vê-se uma correlação positiva tanto em 2016 quanto em 2014.

O Gráfico 8 apresenta as correlações entre pontuação em reputação e pontuação em iniciativas de sustentabilidade social em 2016.

GRÁFICO 8 – **Correlações entre pontuação em reputação e pontuação em iniciativas de sustentabilidade social em 2016**




Fonte: Elaboração própria.

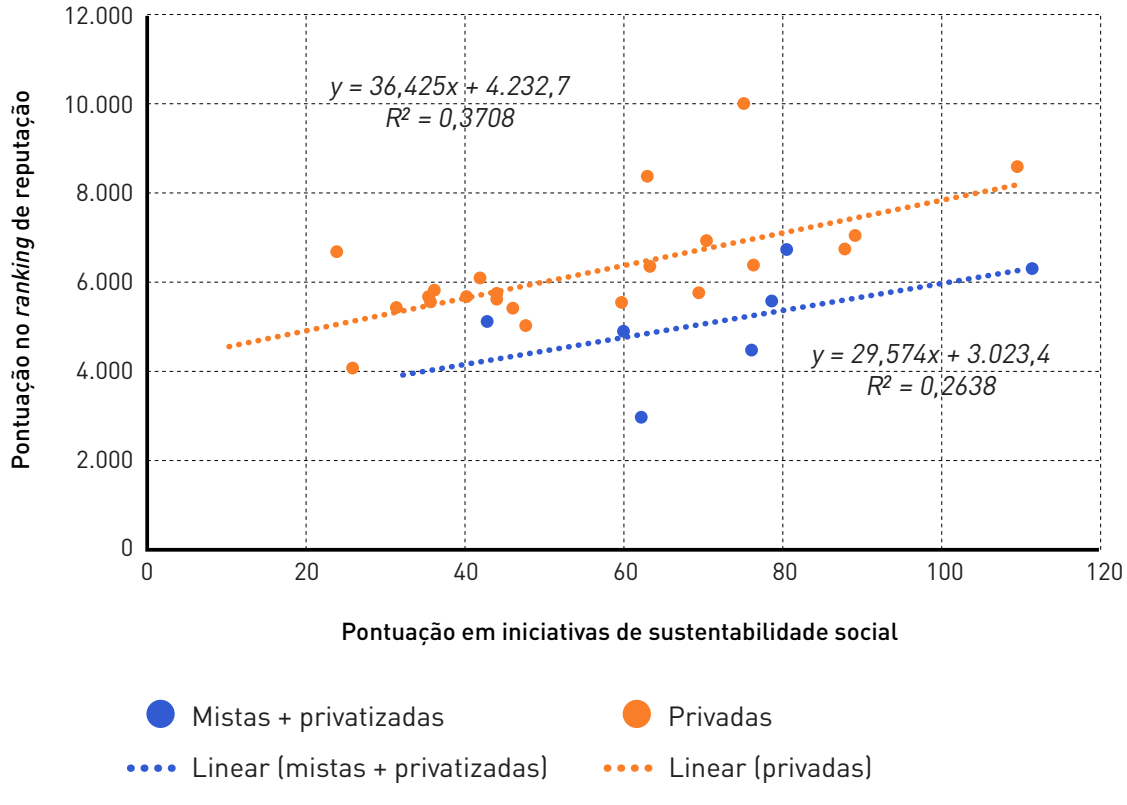
Isso indica que a adoção de iniciativas de sustentabilidade é positivamente relacionada à boa reputação no ambiente empresarial nacional – ou que empresas que têm boa reputação nacional adotam mais políticas de sustentabilidade. Trata-se de resultado já antecipado pela literatura sobre o tema. Autores sugerem que partes interessadas e acionistas veem bom desempenho em responsabilidade social corporativa como um indicador de competência na gestão (ALEXANDER e BUCHOLTZ, 1978; BOWMAN e HAIRE, 1975; MCGUIRE, SUNDGREN e SCHNEEWEIS, 1988).

Pesquisas indicam correlação positiva entre a responsividade das companhias a demandas sociais – especialmente por meio da adoção de iniciativas como investimentos em fundações e em organizações filantrópicas – e maiores índices de reputação (FOMBRUN e SHANLEY, 1990). Analisando-se a relação, mas separando-se as companhias entre empresas de controle privado e empresas de controle misto ou que foram privatizadas, a relação continua sendo positiva, mas com maior significância e magnitude, e percebe-se que as estatais têm uma pior reputação para a mesma quantidade de iniciativas de sustentabilidade social.

O dado é esperado, considerando que, ao mesmo tempo, companhias mistas têm uma quantidade maior de iniciativas do tipo em relação às privadas e que a imagem daquelas foi prejudicada pelos diversos escândalos de corrupção que ocorreram no contexto nacional.

O Gráfico 9, a seguir, apresenta a correlação entre pontuação em reputação e pontuação em iniciativas de sustentabilidade social em 2016, por tipo de controle.

GRÁFICO 9 – **CORRELAÇÃO ENTRE PONTUAÇÃO EM REPUTAÇÃO E PONTUAÇÃO EM INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL EM 2016, POR TIPO DE CONTROLE**




Fonte: Elaboração própria.

Como exemplos de casos que tiveram como algumas de suas protagonistas empresas estatais, podem-se citar o Mensalão (que envolveu Correios e Banco do Brasil) e a Lava Jato (que teve como um dos seus eixos centrais a investigação do "Petrolão").

### 3.9. Correlação entre variáveis financeiras e a pontuação das companhias na adoção de iniciativas de sustentabilidade social

Os resultados obtidos ao analisar a relação entre as variáveis financeiras e a presença de iniciativas de sustentabilidade social apresentaram, na maioria, correlações na mesma direção: a maior presença de iniciativas de sustentabilidade estava associada a piores indicadores financeiros. A explicação disso pode estar na janela de tempo da base de dados. A crise econômica de 2014 prejudicou em especial as empresas públicas, considerando seus setores de atividade econômica (por exemplo, energia elétrica e química e petroquímica) e sua relação com o Estado, cuja situação fiscal e de endividamento deteriorou significativamente.

Como essas empresas apresentam maior presença de iniciativas de sustentabilidade, a relação entre as variáveis financeiras e a pontuação em iniciativas durante a janela de pesquisa foi a responsável pela distorção das medidas de associação. Em vista dessas variações relativas a contexto, os dados da Tabela 2 são pouco representativos para inferir uma correlação mais geral entre a adoção de iniciativas de sustentabilidade e métricas financeiras.

TABELA 2 – **Análise de regressão:** CORRELAÇÕES ENTRE MÉTRICAS FINANCEIRAS E INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE

| | ADOÇÃO DE INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE | ADOÇÃO DE INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL |
|---|---|---|
| DÍVIDA LÍQUIDA/EBITDA | 0,08 | 0,09 |
| DÍVIDA TOTAL/EBITDA | 0,11 | 0,11 |
| DÍVIDA LÍQUIDA/PATRIMÔNIO LÍQUIDO | 0,14 | 0,14 |
| DÍVIDA TOTAL/ATIVOS TOTAIS | 0,05 | 0,05 |
| EBITDA/GASTO COM JUROS | -0,19 | -0,22 |
| FATURAMENTO (%YOY) | -0,08 | -0,04 |
| EBITDA (%YOY) | -0,06 | -0,04 |
| MARGEM EBITDA | -0,25 | -0,16 |
| MARGEM OPERACIONAL | -0,31 | -0,23 |
| LUCRO LÍQUIDO (CRESCIMENTO EM 1 ANO) | -0,13 | -0,10 |

*(continua)*

| | ADOÇÃO DE INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE | ADOÇÃO DE INICIATIVAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL |
|---|---|---|
| MARGEM DE LUCRO | -0,17 | -0,12 |
| DESPESA DE CAPITAL EM RELAÇÃO AO FATURAMENTO | 0,02 | 0,02 |
| RENTABILIDADE DO CAPITAL INVESTIDO | -0,26 | -0,25 |
| RENTABILIDADE DO ATIVO TOTAL MÉDIO | -0,30 | -0,29 |
| RENTABILIDADE DO CAPITAL PRÓPRIO | -0,10 | -0,12 |
| RENTABILIDADE OPERACIONAL DO CAPITAL PRÓPRIO | -0,14 | -0,14 |
| CAPITALIZAÇÃO DE MERCADO ATUAL | 0,36 | 0,36 |
| VALOR DA COMPANHIA | 0,23 | 0,24 |
| VALOR DA COMPANHIA/EBITDA | -0,28 | -0,27 |
| QUOCIENTE PREÇO/LUCRO | -0,04 | -0,03 |
| QUOCIENTE PREÇO/LUCRO DO ANO ATUAL | -0,22 | -0,26 |
| PREÇO EM RELAÇÃO A FLUXO DE CAIXA | -0,14 | -0,17 |
| RETORNO INDICADO EM FORMA DE DIVIDENDO | 0,16 | 0,22 |

Fonte: Elaboração própria.

## Considerações finais

A partir dos dados apresentados, é possível tirar algumas conclusões acerca do estado da arte das iniciativas em sustentabilidade social das companhias brasileiras de grande porte e fazer algumas reflexões de natureza crítica sobre o que é preciso melhorar nesse âmbito. O contexto corporativo brasileiro tem visto a disseminação do conceito de sustentabilidade social – apesar de a palavra parecer nova, a sustentabilidade social nada mais é do que uma nova roupagem do conceito de função social da empresa, mas pensada a partir da ótica dos agentes privados e da teoria dos *stakeholders*.

Nessa nova vestimenta, a promoção do bem-estar social por parte das companhias é tida não apenas como um dever moral ou jurídico, mas como um diferencial competitivo, uma forma de mitigação de riscos que vai além do jurídico (como de imagem e reputacionais), e mesmo um imperativo estratégico, que garante a perenidade da empresa a partir da escuta e da conciliação de interesses das diversas partes interessadas.

O estudo dos relatórios de sustentabilidade das companhias participantes do Ibovespa por si só serve como indicação de como os princípios orientadores da ordem econômica e da condução das relações negociais podem estar sendo parcialmente concretizados por meio de instrumentos distintos do que aqueles que a literatura costuma considerar. A própria publicação anual de relatórios com a descrição da atuação da empresa na temática da sustentabilidade pode ser considerada uma nova forma de cumprimento dos deveres de informação e transparência presentes no princípio da boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, 2004; FORGIONI, 2015).

Isso porque esses relatórios têm como principal finalidade a prestação de informações ao investidor sobre a atuação da empresa nas temáticas social, ambiental e de governança. A recomendação de "relate ou explique" realizada pela B3 para empresas listadas, consistente na publicação de um relatório de sustentabilidade, nada mais é do que o mercado atuando na direção de uma autorregulamentação, em prol da assunção de deveres de informação e transparência perante investidores. Entretanto, embora os discursos da sustentabilidade social e da transparência sejam cada vez mais populares, a realidade da promoção da sustentabilidade social no Brasil mostra deficiências na atuação das empresas.

Nesse sentido, o primeiro resultado relevante que o trabalho traz é a inexistência de aumento significativo quanto à adoção de iniciativas de sustentabilidade social entre 2012 e 2016. Observou-se que a atuação das empresas em sustentabilidade é mais voltada a iniciativas de sustentabilidade ambiental e à filantropia. Temas como diversidade e incentivo ao equilíbrio entre trabalho e vida pessoal dos colaboradores são relativamente negligenciados. A priorização do aspecto ambiental em detrimento do social é problemática, pois ambos são igualmente importantes, especialmente em um país desigual como o Brasil.

Ademais, a existência de deduções fiscais a projetos sociais também pode ter direcionado as companhias a priorizarem esse aspecto em detrimento de outras frentes de atuação voltadas ao público interno, como a promoção da diversidade. Já quanto aos setores de atividade econômica, os líderes em adoção de iniciativas de sustentabilidade social são pertencentes ao setor terciário, seguido pelo setor secundário de bens de produção.

Além disso, conforme se viu, os setores de atividade econômica mais regulados, entre os analisados (instituições financeiras, telecomunicações e energia elétrica), tiveram melhor desempenho. Tais setores são intensamente regulados, inclusive em temas de sustentabilidade social. Dois deles (energia e telecomunicações) contam com uma agência reguladora, e o outro (instituições financeiras) é regulamentado por uma autarquia que tem poderes normativos e fiscalizatórios semelhantes. Vê-se, portanto, que a regulação estatal continua tendo grande papel no incentivo à atuação das empresas em prol da promoção do bem-estar social.

Como se viu, notou-se que, entre as empresas com maior quantidade de políticas e práticas de sustentabilidade social, a maioria é ou já foi uma sociedade de economia mista. A média de pontuação das empresas mistas tomadas em conjunto é 43% maior que a das privadas. O controle estatal das ações parece influenciar uma maior preocupação com o tema, seja pelo

contexto de surgimento das companhias, seja por uma visão mais ampla e mais alinhada a políticas públicas sobre a função social da empresa.

Além disso, vale também destacar o padrão constatado em relação ao porte e à capitalização de mercado das companhias. As empresas que têm mais funcionários e maior valor de mercado possuem mais iniciativas de sustentabilidade social. Isso pode ocorrer em vista da maior exposição à opinião pública e ao escrutínio de investidores. Foi corroborada ainda uma terceira hipótese: empresas que adotam mais iniciativas de sustentabilidade social têm incremento no valor de mercado em virtude da publicidade positiva e da melhoria de suas reputações.

Espera-se que este artigo tenha servido para ampliar os horizontes das discussões sobre a função social da empresa a partir da consideração da perspectiva da construção jurídica de políticas e práticas voluntárias pelos agentes econômicos. Também se pretende que este estudo tenha contribuído para a qualificação de uma agenda de pesquisa no tema, informada por evidências empíricas. Por fim, sugere-se que os resultados apresentados sejam utilizados como subsídio para outras pesquisas que discutam, entre outros temas, o papel da regulação estatal na geração de incentivos para uma atuação empresarial voluntária pautada pela sustentabilidade social.

**AGRADECIMENTOS**

*Os autores agradecem à Presidência da Fundação Getulio Vargas pelo financiamento ao projeto de pesquisa "As companhias brasileiras são socialmente sustentáveis?" por meio do edital PAR.*

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Gordon J.; BUCHOLTZ, Rogene A. Corporate Responsibility and Stock Market Performance. *Academy of Management Journal*, v. 21, n. 3, p. 479-486, 1978.

BAUCUS, Melissa S.; NEAR, Janet P. Can Illegal Corporate Behavior be Predicted? An Event History Analysis. *The Academy of Management Journal*, v. 34, p. 9-36, 1991.

BELIVEAU, Barbara; COTTRILL, Melville; O'NEILL, Hugh M. Predicting Corporate Social Responsiveness: A Model Drawn from Three Perspectives. *Journal of Business Ethics*, v. 13, n. 9, p. 731-738, 1994.

BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. *The Modern Corporation and Private Property*. New York: MacMillan Company, 1932.

BOWMAN, Edward; HAIRE, Mason. A Strategic Posture Towards CSR. *California Management Review*, v. 18, n. 2, p. 49-58, 1975.

BOXALL, Peter; PURCELL, John. Strategic Human Resource Management: Where Have We Come from and Where Should We Be Going? *International Journal of Management Review,* v. 2, n. 2, p. 183-203, 2003.

BOXALL, Peter; STEENEVELD, Mike. Human Resource Strategy and Competitive Advantage: A Longitudinal Study of Engineering Consultancies. *Journal of Management Studies,* v. 36, n. 4, p. 443-463, 1999.

CAÑÓN, Joaquín; GARCÉS, Concepción. Repercusión económica de la certificación medioambiental ISO 14001. *Cuadernos de Gestión*, v. 6, n. 1, p. 45-62, 2006.

CATALYST. *Beyond a Reasonable Doubt:* Building the Business Case for Flexibility. Relatório de pesquisa, 2005. Disponível em: https://www.catalyst.org/wp-content/uploads/2019/01/BeyondAReasonableDoubtBuildingTheBusinessCase.pdf. Acesso em: 4 set. 2019.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais,* n. 732, p. 38-46, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, n. 63, p. 71-79, 1986.

DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields. *American Sociological Review,* v. 48, p. 147-160, 1983.

DOBBIN, Frank. Do the Social Sciences Shape Corporate Anti-Discrimination Practice? The United States and France. *Comparative Labor Law and Policy Journal,* n. 23, p. 829-864, 2002.

DOBERS, Peter; HALME, Minna. Corporate Social Responsibility and Developing Countries. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, n. 16, p. 237-249, 2009.

DODD, E. Merrick. For Whom Are Corporate Managers Trustees? *Harvard Law Review*, v. 45, n. 7, p. 1145-1163, 1932.

DOWLING, Grahame R. Perceived Risk: The Concept and Its Measurement. *Psychology & Marketing,* v. 3, n. 3, 1986.

FISCHER, Rosa Maria. Estado, mercado e terceiro setor: uma análise conceitual das parcerias intersetoriais. *Revista de Administração – RAUSP*, v. 40, n. 1, p. 5-18, 2005.

FISCHER, Rosa Maria. *Estratégias de empresas no Brasil*: atuação social e voluntariado. São Paulo: CEATS-FIA/USP, 1999.

FLEURY, Maria Tereza Leme. Gerenciando a diversidade cultural: experiências de empresas brasileiras. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 40, n. 3, p. 18-25, 2000.

FOMBRUN, Charles; SHANLEY, Mark. What's in a Name? Reputation Building and Corporate Strategy. *Academy of Management Journal*, v. 33, n. 2, p. 233-258, 1990.

FORGIONI, Paula A. Formação dos contratos empresariais. *In*: FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FREEMAN, R. Edward. *Strategic Management*: A Stakeholder Approach. New York City: Harper Collins, 1984.

GALDEANO-GÓMEZ, Emilio. Does an Endogenous Relationship Exist between Environmental and Economic Performance? A Resource-Based View on the Horticultural Sector. *Environmental and Resource Economics*, v. 40, n. 1, p. 73-89, 2008.

GALEGO-ÁLVAREZ, Isabel; FORMIGONI, Henrique; ANTUNES, Maria Thereza Pompa. Corporate Social Responsibility Practices at Brazilian Firms. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 54, n. 1, p. 12-27, 2014.

GLASER, Barney G.; STRAUSS, Anselm L. *The Discovery of Grounded Theory*: Strategies for Qualitative Research. New York: Aldine Pub. Co., 1967.

GONZÁLEZ-BENITO, Javier; GONZÁLEZ-BENITO, Óscar. Environmental Proactivity and Business Performance: An Empirical Analysis. *International Journal of Management Sciences*, v. 33, n. 1, p. 1-15, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Lucratividade e função social nas empresas sob o controle do Estado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 55, p. 35, 1984.

GRÜNINGER, Beat. CSR and Management Practices: The Role of CSR-Standards in Brazil. *In*: STEHR, Christopher; DZIATZKO, Nina; STRUVE, Franziska. *Corporate Social Responsibility in Brazil*. New York: Springer, 2019.

HAMEL, Gary; PRAHALAD, Coimbatore. Strategy as Stretch and Leverage. *Harvard Business Review,* v. 71, n. 2, p. 75-84, 1993.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira – 2018. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.

INSTITUTO ETHOS. *Indicadores Ethos para Negócios Sustentáveis e Responsáveis*. São Paulo, 2013. Disponível em: https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2013/08/Indicadores-Ethos-20131.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

INSTITUTO ETHOS. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas*, 2010. Disponível em: https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/4Perfil-Social-Racial-e-de-G%C3%AAnero-das-500-Maiores-Empresas-do-Brasil-e-suas-A%C3%A7%C3%B5es-Afirmativas-Pesquisa-2010.pdf. Acesso em: 11 set. 2019.

JAMALI, Dima; MIRSHAK, Ramez. Corporate Social Responsibility (CSR): Theory and Practice in a Developing Country Context. *Journal of Business Ethics*, n. 72, p. 243-262, 2007.

JONES, Marc. The Institutional Determinants of Social Responsibility. *Journal of Business Ethics*, v. 20, n. 2, p. 163-179, 1999.

KANG, Sonia; DECELLES, Katherine; JUN, Sora; TILCSIK, András. Whitened Résumés: Race and Self-Presentation in the Labor Market. *Administrative Science Quarterly*, v. 61, n. 3, p. 469-502, 2016.

KHANNA, Madhu; DAMON, Lisa. EPA's Voluntary 33/50 Program: Impact on Toxic Releases and Economic Performance of Firms. *Journal of Environmental Economics and Management,* v. 37, n. 1, p. 1-25, 1999.

LABUSCHAGNE, Carin; BRENT, Alan C.; ERCK, Ron P. G. Assessing the Sustainability Performances of Industries. *Journal of Cleaner Production*, n. 13, p. 373-385, 2005.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo,* v. 190, p. 54-60, 1992.

LEONARD-BARTON, Dorothy. *Wellsprings of Knowledge*: Building and Sustaining the Sources of Innovation. Boston: Harvard Business School Press, 1998.

LEONIDOU, Leonidas C.; LEONIDOU, Constantinos N.; FOTIADIS, Thomas A.; ZERITI, Athina. Resources and Capabilities as Drivers of Hotel Environmental Marketing Strategy: Implications for Competitive Advantage and Performance. *Tourism Management*, v. 35, p. 94-110, 2013.

LLACH, Josep; PERRAMON, Jordi; ALONSO-ALMEIDA, María M.; BAGUR-FEMENÍAS, Llorenç. Joint Impact of Quality and Environmental Practices on Firm Performance in Small Service Businesses: An Empirical Study of Restaurants. *Journal of Cleaner Production*, n. 44, p. 96-104, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado,* n. 25, p. 229-281, 2004.

MCGUIRE, Jean B.; SUNDGREN, Alison; SCHNEEWEIS, Thomas. Corporate Social Responsibility and Firm Financial Performance. *Academy of Management Journal*, v. 31, n. 4, p. 854-872, 1988.

MOON, Christopher J. 'Rio+25', The Global Compact in Brazil and Opportunities Presented by the UN Sustainable Development Goals. *In*: STEHR, Christopher; DZIATZKO, Nina; STRUVE, Franziska. *Corporate Social Responsibility in Brazil.* New York: Springer, 2019.

NERI, Marcelo. *Qual foi o impacto da crise sobre a pobreza e a distribuição de renda?* Sumário executivo, 2018. Disponível em: https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/NOTA-CURTA-Pobreza-Desigualdade-a-Crise-Recente_FGV_Social_Neri.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Annual Report 2001*, 2001. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-annual-report-2001_annrep-2001-en. Acesso em: 15 fev. 2021.

PEREIRA-MOLINER, Jorge; FONT, Xavier; TARÍ, Juan José; MOLINA-AZORIN, Jose F.; LOPEZ--GAMERO, Maria D.; PERTUSA-ORTEGA, Eva M. The Holy Grail: Environmental Management, Competitive Advantage and Businesses Performance in the Spanish Hotel Industry. *International Journal of Contemporary Hospitality Management,* v. 27, n. 5, p. 714-738, 2015.

PINTO JR., Mario Engler. *Empresa estatal*: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Regulação da propriedade privada: inovações na política agrária e redução dos custos de equidade. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e desenvolvimento*: novos temas. São Paulo: Malheiros, 2012.

RANGANATHAN, Janet. Signs of Sustainability. *In*: BENNETT, Martin; JAMES, Peter; KLINKERS, Leon. *Sustainable Measures, Evaluation and Reporting of Environmental Performance*. London: Greenleaf Publishing Limited, 1999.

RATHENAU, Walther. Vom Aktienwesen – Eine geschaeftliche Betrachtung, Berlim, 1917. Tradução italiana: La realtà della società per azioni. *Rivista delle Società*, p. 912, 1966.

SALOMÃO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANCHEZ-RODRIGUEZ, Jose Antonio. Mapping CSR in Brazil: The Context for Emergence and Promoting Institutions. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 16, n. 1, p. 67-84, 2014.

SEBRAE – SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. Pequenos negócios em números, 2019. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD. Acesso em: 18 set. 2019.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *Governança corporativa no Brasil e no mundo*. São Paulo: Elsevier, 2015.

SOBCZAK, André; MARTINS, Lígia Coelho. The Impact and Interplay of National and Global CSR Discourses: Insights from France and Brazil. *Corporate Governance*, v. 10, n. 4, p. 445-455, 2010.

VISSER, Wayne; SUNTER, Clem. *Beyond Reasonable Greed*: Why Sustainable Business Is a Much Better Idea. Cape Town: Human & Rousseau, 2002.

VIVES, Antonio. *Social and Environmental Responsibility in Small and Medium Enterprises in Latin America*. Working Paper, Inter-American Development Bank, 2005.

WAGNER, Marcus. The Role of Corporate Sustainability Performance for Economic Performance: A Firm-Level Analysis of Moderation Effects. *Ecological Economics*, n. 69, p. 1553-1560, 2010.

ZHU, Qinghua; CORDEIRO, James; SARKIS, Joseph. Institutional Pressures, Dynamic Capabilities and Environmental Management Systems: Investigating the ISO 9000: Environmental Management Systems Implementation Linkage. *Journal of Environmental Management*, n. 114, p. 232-242, 2013.

**Como citar este artigo:**

PINTO, Ligia Pires; TERRERI, André; BIANQUINI, Heloisa. As companhias brasileiras são socialmente sustentáveis? Uma análise das iniciativas nos relatórios de sustentabilidade de companhias brasileiras. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2142. https://doi.org/10.1590/2317-6172202142

*Ligia Pires Pinto*

Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora do Centro de Pesquisa em Direito, Gênero e Identidade da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).

*Ligia.Pinto@fgv.br*

*André Terreri*

Mestre pela London School of Economics and Political Science. Doutorando na Universitat Pompeu Fabra, Espanha.

*andre.terreri@uol.com.br*

*Heloisa Bianquini*

Mestra em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutoranda em Direito Econômico e Economia Política pela Faculdade de Direito da USP.

*hbianquini@gmail.com*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 04.05.2020
Aprovado: 17.09.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202144

# A recuperação judicial especial é mais vantajosa do que a recuperação judicial ordinária?
## Uma análise à luz da Teoria dos Jogos

*IS THE SPECIAL JUDICIAL RECOVERY PROCEDURE MORE ADVANTAGEOUS THAN THE ORDINARY PROCEDURE? A GAME THEORY PERSPECTIVE*

*Henrique Arake*[1] e *Luís Roberto Alcoforado*[2]

**Resumo**
Em atenção à importância econômica das micro e pequenas empresas para o país, o ordenamento jurídico pátrio prevê uma série de benefícios para essas empresas. Entre esses benefícios, o regime de recuperação judicial especial, criado para ser menos complexo e mais acessível às micro e pequenas empresas, é bastante criticado pela doutrina especializada, especialmente no que tange ao procedimento de aprovação do plano de recuperação judicial. Este artigo pretendeu testar essa hipótese, i.e., verificar se, de fato, o regime de aprovação do plano de recuperação judicial especial é menos favorável do que o procedimento previsto na recuperação judicial ordinária. Para tanto, utilizou-se um modelo da Teoria dos Jogos chamado de "*Chicken Game*" ou "Jogo do Banana" para modelar a estrutura de incentivos dos credores e do devedor. Observou-se, assim, que, ao contrário do que se poderia imaginar, *ceteris paribus*, a eliminação da possibilidade de negociação do plano de recuperação judicial especial permite que um plano de recuperação judicial mais favorável aos interesses do devedor seja aprovado mais facilmente do que na recuperação judicial ordinária.

**Palavras-chave**
Recuperação judicial especial; micro e pequenas empresas; Teoria dos Jogos; *Chicken Game*.

***Abstract***
*Given their economic importance, small businesses enjoy several legal benefits. Among those benefits, Brazilian bankruptcy law has a special judicial recovery procedure for them that, although it was created to be less expensive and complex that the ordinary procedure, it is severally criticized by renowned authors of the field, especially regarding its bankruptcy plan confirmation procedure. To test whether its confirmation procedure is less or more favorable, we've used a game theory model called "chicken game" to model the incentive structure of both creditors and the debtor. It was therefore observed that, contrary to what one might imagine,* ceteris paribus, *without the possibility to negotiate the bankruptcy plan, it's more likely that a bankruptcy plan more favorable to the debtor's interest be confirmed in the special procedure, than in the ordinary one.*

***Keywords***
*Special recovery procedure; small businesses; game theory; chicken game.*

**1** Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, Distrito Federal, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-0552-8958

**2** Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, Distrito Federal, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5478-7940

CC BY-NC

## Introdução

O papel das micro e pequenas empresas na economia do País é inegável. Apenas a título de ilustração, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) informa que, de um total de 19 milhões de empresas, 17 milhões são microempresas ("ME"), empresas de pequeno porte ("EPP") ou microempreendedores individuais ("MEI"), ou seja, quase 90% das empresas monitoradas (SEBRAE, 2020).

Entretanto, conquanto os números impressionem coletivamente, as micro e pequenas empresas individualmente consideradas são mais frágeis e vulneráveis a eventuais crises econômicas, ao contrário das empresas de médio e grande porte, cuja robustez não apenas lhes dá grande vantagem competitiva, como também favorece sua capacidade de absorver e dispersar eventuais prejuízos.

Não à toa, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro contém uma série de tratamentos diferenciados para proteger e beneficiar as micro e pequenas empresas, como, por exemplo, a previsão de tratamento tributário diferenciado para estas[1] e a criação de um regime de recuperação judicial específico às suas necessidades.

Esse regime especial de recuperação judicial voltado para os micro e pequenos empresários é resultado da percepção do legislador que a complexidade inerente à recuperação judicial ordinária importa em que apenas empresas de médio e grande porte aproveitariam esse instituto efetivamente (BEZERRA FILHO, 2017, p. 228). Assim, a Lei n. 11.101/05 ("LFRJ") previu um regime simplificado especificamente voltado para as micro e pequenas empresas, a recuperação judicial especial ("RJe").

Idealmente, portanto, a RJe deveria ser um regime mais favorável ao micro e pequeno empresário, dada a sua vocação original. Contudo, a doutrina especializada tem identificado pontos positivos e negativos nesse regime especial que serão resumidos e endereçados ao longo do texto. Nesse sentido, considerando-se que o micro e pequeno empresário podem optar entre pedir a recuperação judicial ordinária ("RJo") ou a RJe, o objetivo deste artigo é verificar se, *ceteris paribus*, qual dos dois regimes é mais favorável ao recuperando. Em outras palavras, o problema de pesquisa deste artigo é o seguinte: tudo o mais constante, o procedimento de aprovação do plano de recuperação judicial ("PRJ") é mais favorável ao micro e pequeno empresário na RJe em comparação ao procedimento da RJo?

Para tanto, a primeira seção será dedicada a comparar os dois regimes de recuperação judicial para identificar quais os pontos em que os procedimentos de aprovação do PRJ se diferenciam. Após, construir-se-á um cenário em que seja possível estudar a estrutura de incentivos do recuperando em ambos os regimes. Depois, essa estrutura de incentivos será modelada utilizando-se a teoria dos jogos para, enfim, apresentar as conclusões teóricas do estudo.

1 Art. 146, III, "d", da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e a Lei Complementar (LC) n. 123/2006.

## 1 Diferenças entre as recuperações judiciais ordinária e especial

A LFRJ regulamenta a recuperação judicial ordinária nas quatro primeiras seções de seu Capítulo III, legando a RJe à quinta e última seção desse capítulo. Essa disposição sugere que o legislador entende que a RJe não é um regime independente da RJo, sendo esperado que existam mais pontos em comum do que divergentes entre ambos.

Em linhas gerais, na RJo, a recuperanda tem um prazo de 60 dias para apresentar um PRJ que deverá trazer a descrição pormenorizada dos meios de recuperação judicial que serão utilizados.[2] Apresentado o PRJ, o juiz publicará um edital para avisar a todos os credores que eles têm um prazo de 30 dias para apresentar eventuais objeções ao plano.[3] Havendo objeção, o juiz convocará uma assembleia geral de credores ("AGC") para deliberar sobre o PRJ,[4] que poderá aprová-lo ou rejeitá-lo[5] ou ainda propor alterações à recuperanda.[6] Se nenhum credor apresentar objeção, o PRJ apresentado pela recuperanda será aprovado tacitamente.[7] Importante: caso o PRJ seja rejeitado pela AGC, a lei determina que seja decretada a falência da recuperanda.[8,9]

A RJe, por sua vez, segue um procedimento diferente. Em primeiro lugar, ao contrário do que ocorre na RJo (em que a recuperanda tem ampla liberdade para definir os meios de recuperação judicial),[10] o PRJ na RJe está pré-definido na lei.[11] Assim, o PRJ especial só pode prever parcelamento em até 36 meses, com correção pela taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia ("SELIC"), sendo que a primeira parcela deverá ser paga em até 180 dias do protocolo da petição inicial, sendo possível, ainda, pedir o desconto do crédito original. Em segundo lugar, na RJe não há deliberação em AGC sobre o PRJ. Desse modo, se algum credor apresentar uma objeção ao PRJ, a lei veda a convocação de AGC para deliberação.[12]

• • •

2 Art. 53 da LFRJ.

3 Arts. 53, p.u., e 55, *caput* da LFRJ.

4 Art. 56, *caput*, da LFRJ.

5 Art. 35, I, da LFRJ.

6 Art. 56, §3º, da LFRJ.

7 Art. 58, *caput*, da LFRJ.

8 Art. 56, §8º, da LFRJ.

9 Para fins de simplificação, não consideraremos no nosso modelo a hipótese de os credores apresentarem um plano alternativo.

10 Art. 50 da LFRJ.

11 Art. 71 da LFRJ.

12 Art. 72, *caput*, da LFRJ.

Contudo, se uma maioria qualificada[13] apresentar objeções ao PRJ, a lei determina a convolação da RJe em falência.

Organizando essas informações, chega-se ao Quadro 1, a seguir.

QUADRO 1 – **COMPARAÇÃO ENTRE RJO E RJE**

| CRITÉRIOS | RJO | RJE |
|---|---|---|
| PRAZO PARA O PRJ | 60 DIAS | 60 DIAS |
| MEIOS DE RECUPERAÇÃO | AMPLOS | RESTRITOS |
| DELIBERAÇÃO DO PRJ | PERMITIDA | VEDADA |
| CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA | REJEIÇÃO DO PRJ EM AGC | OBJEÇÃO QUALIFICADA |

Fonte: Elaboração própria.

Observa-se assim que a RJo dá mais liberdade e controle para a recuperanda, pois os meios de recuperação judicial são irrestritos e a recuperanda pode aproveitar as AGCs para discutir e negociar alterações no PRJ de sorte a adequá-lo melhor às necessidades dos credores, reduzindo, em tese, as chances de sua rejeição. Por sua vez, a RJe, conquanto mais simplificada, dá menos controle e liberdade para a recuperanda, pois o PRJ já vem definido na LFRJ e, uma vez protocolado, a recuperanda não pode mais alterá-lo.

Essas características da RJe são criticadas por parte da doutrina,[14] dado que a AGC "[...] tende a funcionar como ambiente de negociação entre o devedor e seus credores" (SCALZILLI, SPINELLI e TELLECHEA, 2018, p. 513). A conclusão, portanto, à que boa parte da doutrina chega é que a impossibilidade de haver uma "segunda rodada" de negociação com os credores é um defeito do regime especial de recuperação judicial e que explicaria a baixa adesão a essa modalidade recuperacional. Para investigar essa hipótese, será utilizada a Teoria dos Jogos que será apresentada na próxima seção deste artigo.

13 Definida nos arts. 45 e 72, p.u., da LFRJ.

14 Veja Coelho (2005, p. 186); Batalha, Rodrigues Netto e Rodrigues Netto (2007, p. 118); Cavalli (2015); Bezerra Filho (2017, p. 233); Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2018, p. 513); Tomazette (2019, p. 284); e Chagas (2020, p. 1188).

## 2 Teoria dos Jogos: *The Game of Chicken*[15] ou Jogo do Banana

Um comportamento é considerado estratégico quando o retorno esperado (*payoff*) da conduta de um agente depende da conduta a ser tomada por outro agente, ou seja, quando há interdependência entre as ações de cada jogador. Estruturando esse tipo de situação em uma linguagem da Teoria dos Jogos, temos que cada agente (jogador) tem um número determinado de ações possíveis e elas são escolhidas em resposta à ação esperada de cada um dos outros jogadores. Estes, por sua vez, estão desenvolvendo o mesmo raciocínio ao escolherem que ação tomar. Assim, um jogo estratégico (OSBORNE, 2009) consiste de:

i) Um conjunto de $n$ jogadores: $J = \{J_1, \ldots, J_n\}$
ii) Um conjunto de $s$ ações: $S = \{s_1, \ldots, s_s\}$
iii) Preferências individuais sobre o conjunto de ações definidas anteriormente

Além disso, um jogo é dito "simultâneo com informação perfeita" quando a tomada de decisão entre os jogadores é feita ao mesmo tempo, mas todos sabem, exatamente, quais são as preferências dos demais. Por outro lado, um jogo é dito "simultâneo com informação imperfeita" quando a escolha é simultânea, porém ao menos um dos jogadores desconhece as preferências de um dos jogadores (ARAKE e GICO JR., 2015). Ademais um jogador terá uma "estratégia dominante" quando a escolha de uma ação lhe trouxer o melhor *payoff* possível, independentemente da decisão do outro jogador. Por fim, equilíbrio de Nash é a situação em que nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente.

Para ilustrar esses conceitos, apresenta-se um dos jogos mais conhecidos das ciências sociais, o dilema do prisioneiro. Dois suspeitos de um crime grave (e.g. assalto ao banco) estão presos em celas separadas e sem comunicação. Há provas suficientes para a condenação de ambos por um crime de menor potencial ofensivo (e.g. porte ilegal de arma), mas não para o assalto ao banco, a menos que um deles delate o outro. Se ambos permanecerem em silêncio, responderão apenas por porte ilegal de arma e permanecerão um ano na cadeia. Entretanto, se um deles confessar e delatar o outro, o delator será solto (delação premiada) e o delatado ficará preso por 3 anos. Contudo, se ambos confessarem, ambos serão presos, porém a delação mútua será interpretada como confissão espontânea e ambos passarão apenas dois anos na prisão. Nesse cenário, qual é a decisão racional a se tomar?

Modelando o cenário como um jogo simultâneo com informação perfeita, tem-se os seguintes elementos:

15 Para uma discussão mais detalhada das soluções matemáticas desse jogo, veja Rapoport e Chammah (1966).

i) Um conjunto de 2 jogadores: $J = \{J_1, J_2\}$
ii) Um conjunto de 2 ações: $S = \{calar, delatar\}$
iii) Ambos preferem ficar presos pelo menor tempo possível

Adotando-se a notação $u_1(s_{J1}, s_{J2})$ para denotar o vetor que retorna o *payoff* do jogador $J_1$ e $u_2(s_{J1}, s_{J2})$ para denotar o vetor que retorna o *payoff* do Jogador $J_2$ em que $s_{J1}$ é a ação tomada pelo jogador $J_1$ e $s_{J2}$ é a ação tomada pelo jogador $J_2$, podemos construir a seguinte tabela de *payoffs*.

TABELA 1 – ***PAYOFFS*** **DO DILEMA DOS PRISIONEIROS**

| $J_1$ | **ANOS** | $J_2$ | **ANOS** |
|---|---|---|---|
| $u_1\{delatar, calar\}$ | 0 | $u_2\{calar, delatar\}$ | 0 |
| $u_1\{calar, calar\}$ | 1 | $u_2\{calar, calar\}$ | 1 |
| $u_1\{delatar, delatar\}$ | 2 | $u_2\{delatar, delatar\}$ | 2 |
| $u_1\{calar, delatar\}$ | 3 | $u_2\{delatar, calar\}$ | 3 |

Fonte: Elaboração própria.

Esse jogo pode ser representado por uma *bimatriz* da maneira apresentada na Tabela 2.

TABELA 2 – **BIMATRIZ DO DILEMA DOS PRISIONEIROS**

| | | $J_2$ | |
|---|---|---|---|
| $J_1$ | | DELATAR | CALAR |
| | DELATAR | (2,2) | (0,3) |
| | CALAR | (3,0) | (1,1) |

Fonte: Elaboração própria.

Assim, no dilema dos prisioneiros, do ponto de vista coletivo, a melhor conduta para os dois jogadores seria cooperar (ambos permanecerem calados, conduta que geraria a menor pena total – dois anos ao todo). No entanto, como no modelo não há mecanismo crível que garanta a cada jogador que o outro não o trairá, a estratégia dominante de cada um é adotar a conduta divergente, i.e., delatar, mesmo que o outro opte por cooperar, pois essa estratégia sempre lhe gerará o melhor resultado, independentemente da ação do outro.

Se $J_2$ escolher permanecer calado, a melhor resposta de $J_1$ é delatar, pois não passará nenhum ano preso. Por outro lado, se $J_2$ escolher delatar, a melhor resposta de $J_1$ também será delatar, pois evita o pior cenário que é passar três anos na prisão. Como o jogo é simétrico, $J_2$ tem o mesmo cenário diante de si. Assim sendo, a estratégia dominante de ambos é delatar, verificando, desse modo, que o conjunto de escolhas (*delatar*, *delatar*) (que resulta numa soma de penas de quatro anos) é o equilíbrio não cooperativo de Nash desse jogo, ainda que não resulte no melhor resultado socialmente considerado.

Isso não significa dizer que agentes que estejam diante de situações semelhantes, passíveis de serem capturadas pelo modelo do dilema dos prisioneiros se portarão dessa maneira. Apenas demonstra como a Teoria dos Jogos é útil para revelar qual é o comportamento esperado racionalmente que os agentes escolham, bem como as suas consequências. Entretanto, o dilema dos prisioneiros não é um modelo adequado para descrever a RJo ou a RJe. Para tal desiderato, o "*Game of Chicken*", "*Chicken Game*" ou "Jogo do Banana" mostra um modelo melhor.

*Chicken* traduz-se como *covarde* ou *banana* no contexto do jogo que segue o seguinte modelo: dois jogadores se posicionam em seus carros um na frente do outro em uma pista retilínea com bastante distância entre si. Depois, quando autorizados, aceleram um na direção do outro em rota de colisão. O objetivo do jogo é aguentar o máximo possível até que o oponente desista e desvie o seu curso. O vencedor é congratulado por sua coragem e o perdedor é chamado de covarde (*chicken*). Caso ambos desviem, o jogo empata e, obviamente, se ninguém desviar, ambos morrerão.

Como visto, conquanto sejam questionáveis as razões pelas quais alguém arriscaria sua vida participando de um evento como esse,[16] trata-se de um jogo bastante simples de ser compreendido, cujo resultado, entretanto, depende de algumas premissas iniciais. Modelando o cenário como um jogo simultâneo com informação perfeita, tem-se os seguintes elementos:

16 Para uma visão dramatizada do jogo, sugerem-se os filmes *Juventude transviada* (Direção: Nicholas Ray, 1955), *Footloose*: ritmo louco (Direção: Herbert Ross, 1984) e *As aventuras de um anjo* (Direção: Cary Medoway, 1985).

i) Um conjunto de 2 jogadores: $J = \{J_1, J_2\}$
ii) Um conjunto de 2 ações: $S = \{d, nd\}$[17]
iii) Preferências individuais sobre o conjunto de ações definidas anteriormente: ambos preferem ganhar a empatar, empatar a perder e perder a morrer.

É preciso acrescentar uma premissa a esses parâmetros: ninguém é imortal. Adotando-se a mesma notação utilizada no modelo do dilema dos prisioneiros, passa-se ao quadro de *payoffs* de ambos os jogadores (Quadro 2).

QUADRO 2 – ***PAYOFFS* DO *CHICKEN GAME***

| $J_1$ | ***PAYOFF*** | $J_2$ | ***PAYOFF*** |
|---|---|---|---|
| $u_1\{nd, d\}$ | VENCE | $u_2\{d, nd\}$ | VENCE |
| $u_1\{d, d\}$ | EMPATA | $u_2\{d, d\}$ | EMPATA |
| $u_1\{d, nd\}$ | PERDE | $u_2\{nd, d\}$ | PERDE |
| $u_1\{nd, nd\}$ | MORRE | $u_2\{nd, nd\}$ | MORRE |

Fonte: Elaboração própria.

Colocando esses *payoffs* em uma *bimatriz*, tem-se:

QUADRO 3 – **BIMATRIZ DO *CHICKEN* GAME**

| | | $J_2$ | |
|---|---|---|---|
| | | NÃO DESVIAR | DESVIAR |
| $J_1$ | NÃO DESVIAR | (MORRE, MORRE) | (VENCE, PERDE) |
| | DESVIAR | (PERDE, VENCE) | (EMPATA, EMPATA) |

Fonte: Elaboração própria.

17 Onde $d$ significa "desviar" e $nd$ significa "não desviar".

Observe-se que, ao contrário do dilema dos prisioneiros, no *Chicken Game* não há uma estratégia dominante a ser seguida por qualquer dos jogadores. Se $J_2$ escolher desviar, a melhor resposta de $J_1$ é não desviar, pois vencerá o jogo em vez de empatar. Por outro lado, se $J_2$ escolher não desviar, a melhor resposta de $J_1$ será desviar, pois evita o pior cenário que é morrer. Como o jogo é simétrico, $J_2$ tem o mesmo cenário diante de si. Contudo, apesar de esse jogo não ter nenhuma estratégia dominante, ele tem dois equilíbrios de Nash: (desvia, não desvia) e (não desvia, desvia). Na prática, o resultado do jogo dependerá do nível de tolerância a risco de cada jogador e da capacidade de cada um de gerar uma ameaça crível no outro. Esses fatores, entretanto, não são abordados no modelo.

Observe-se que essa conclusão se altera com a alteração da premissa de imortalidade feita anteriormente. Suponha que $J_2$ seja imortal, i.e., esteja dentro de um tanque de guerra, enquanto o outro jogador está em um Cadillac. Nesse caso, os quadros de *payoffs* e a bimatriz sofrerão substancial alteração (Quadros 4 e 5).

QUADRO 4 – ***PAYOFFS* DO *CHICKEN GAME*** (MODIFICADO)

| $J_1$ | ***PAYOFF*** | $J_2$ | ***PAYOFF*** |
|---|---|---|---|
| $u_1\{nd, d\}$ | VENCE | $u_2\{d, nd\}$ | VENCE |
| $u_1\{d, d\}$ | EMPATA | $u_2\{nd, nd\}$ | EMPATA |
| $u_1\{d, nd\}$ | PERDE | $u_2\{d, d\}$ | EMPATA |
| $u_1\{nd, nd\}$ | MORRE | $u_2\{nd, d\}$ | PERDE |

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 5 – **BIMATRIZ DO *CHICKEN GAME*** (MODIFICADO)

| | | $J_2$ | |
|---|---|---|---|
| $J_1$ | NÃO DESVIAR | (MORRE, EMPATA) | (VENCE, PERDE) |
| | DESVIAR | (PERDE, MORRE) | ( EMPATA, EMPATA) |

Fonte: Elaboração própria.

Observa-se que o jogo deixou de ser simétrico, pois apenas $J_2$ é imortal. Dessa maneira, a estratégia dominante de $J_2$ é não desviar, independentemente da escolha de $J_1$, pois ou $J_2$ vence ou empata. $J_1$, por seu turno, não tem a mesma sorte. Se $J_2$ escolher desviar, a melhor resposta de $J_1$ seria não desviar, pois venceria o jogo em vez de empatar. Por outro lado, se $J_2$ escolher não desviar, a melhor resposta de $J_1$ será desviar, pois evita o pior cenário que é morrer. Contudo, como não é esperado que $J_2$ desvie de $J_1$ em nenhuma hipótese (afinal, é um tanque contra um Cadillac), $J_1$ sabe que sempre terá de desviar. Frente a esse cenário, há apenas um equilíbrio de Nash nesse jogo: $(d,nd)$, i.e., $J_1$ sempre desvia e $J_2$ nunca desvia.

É evidente, contudo, que ninguém racionalmente aceitaria jogar um *Chicken Game* contra um tanque, dado que a vitória é impossível. Nada obstante, os modelos da Teoria dos Jogos servem de instrumento de investigação da estrutura de incentivos dos agentes, bem como para previsão dos resultados possíveis. Na próxima seção, o modelo do *Chicken Game* será utilizado para modelar os procedimentos de aprovação ou rejeição do PRJ tanto na RJo como na RJe.

## 3 Recuperação judicial à luz da Teoria dos Jogos

Do ponto de vista do credor, é evidente que quanto menos agressivo o PRJ apresentado for ao seu crédito (i.e., menos descontos, menos diferimentos, mais garantias), melhor, pois o seu prejuízo será menor. Do ponto de vista do devedor, contudo, o ideal é que o PRJ seja o mais agressivo possível (i.e., mais descontos, mais diferimentos, menos garantias), pois as suas obrigações diminuirão. No limite, em um jogo de informações perfeitas, há um PRJ que deixa os credores em estado equivalente ao que se encontrariam, caso seja decretada a falência do devedor, que denotaremos por $PRJ^e$ ou "PRJ de Equilíbrio".

Considerando o contexto de crise em que a RJo normalmente é requerida pelo devedor, há que se considerar, ainda, que é preferível que a RJo seja resolvida o mais rapidamente possível, dado que o tempo leva à destruição do crédito dos credores (e.g., inflação, custo de oportunidade) e à deterioração dos ativos do devedor que servirão de lastro para o pagamento dos créditos em eventual falência. Desse modo, é esperado que o devedor, desde logo, apresente um PRJ que deixe os credores em estado ao menos equivalente ao que estariam em caso de falência, i.e., $PRJ = PRJ^e$, pois essa é a consequência da rejeição do PRJ pelos credores.[18]

Vale dizer, caso o devedor apresente um PRJ inferior ao PRJ de Equilíbrio, i.e., $PRJ < PRJ^e$ e que, portanto, deixe os credores em estado inferior ao que estariam em caso de decretação

18 Reiteramos que, nesse modelo, não estamos considerando a hipótese de os credores apresentarem um plano alternativo, na forma do art. 56, §4º, da LFRJ.

de falência, será preferível a estes rejeitar o plano, pois receberão mais na falência do que em execução ao PRJ. Por sua vez, não é crível que apresente um PRJ superior ao PRJ de Equilíbrio, i.e., $PRJ > PRJ^e$, pois, como dito acima, o devedor preferirá um PRJ que o deixe com menos obrigações possíveis.

Entretanto, há que se considerar que um PRJ que seja equivalente ao $PRJ^e$ coloca o credor em situação de indiferença entre aprovar o PRJ ou reprová-lo, pois ele receberá exatamente o mesmo na falência ou em execução ao PRJ. Por outro lado, admitindo-se que a empresa desenvolvida pelo devedor ainda é viável e que o devedor deseja continuar explorando essa empresa, o devedor preferirá não ter a falência decretada, pois a sua empresa será encerrada.

Dito de outra forma, na hipótese de um $PRJ = PRJ^e$, o credor estará indiferente a aprovar o plano ou a rejeitá-lo, pois receberá o mesmo valor tanto na recuperação judicial quanto na falência; mas o devedor não. Desse modo é esperado que o devedor apresente um PRJ que seja levemente superior ao $PRJ^e$, i.e., que deixe o credor em estado levemente superior à falência do devedor, de sorte que o credor tenha, ao menos, uma preferência fraca em aprovar o PRJ a rejeitá-lo, ou seja, $PRJ \succcurlyeq PRJ^e$ ou $PRJ = PRJ^e + \Delta$, em que $\Delta$ é o melhoramento marginal ao $PRJ^e$ que o devedor está disposto a conceder para que os credores tenham uma preferência fraca em aprovar o PRJ a rejeitá-lo, mas que não comprometa a capacidade do devedor em cumpri-lo.

Por sua vez, se algum credor (sabendo da existência de $\Delta$, mas desconhecendo o seu valor) acreditar conseguir convencer o devedor a oferecer um $\Delta$ que atenda melhor aos seus interesses (do credor) e que essa modificação lhe trará benefícios que superem o custo da demora dessa negociação, é esperado que o credor apresente uma objeção a qualquer PRJ apresentado pelo devedor para que esse plano seja, então, deliberado (i.e. negociado) durante a AGC.

Nesse passo, é esperado que o PRJ apresentado pelo devedor seja o mais próximo possível de $PRJ^e$, ou seja, que $PRJ = PRJ^e + \Delta$, e que, em qualquer caso, os credores apresentem objeção a qualquer PRJ protocolado pelo devedor. Uma vez apresentada alguma objeção, a próxima rodada de negociação ocorrerá durante a AGC, em que os credores e devedor apresentarão seus argumentos. Cada parte poderá escolher entre fazer concessões (ceder) ou não o fazer (não ceder). Se uma das partes ceder e a outra não ceder, a parte intransigente conseguirá fazer com que o PRJ fique mais favorável aos seus interesses. Se ambas as partes cederem durante a negociação, o PRJ tenderá a ser a mediana entre os interesses envolvidos. Contudo, se nenhuma das partes ceder, o PRJ tenderá a ser rejeitado e a falência do devedor será decretada.[19]

19 A literatura econômica chama essa situação de jogo de barganha com oferta alternada sem impaciência, pois não estamos considerando no modelo a influência direta do tempo de negociação e, portanto, no grau de impaciência de cada negociador.

Traçando-se um paralelo com o *Chicken Game*, é possível se modelar a deliberação do PRJ da seguinte maneira:

i) Um conjunto de 2 jogadores: $J = \{credores, devedores\}$
ii) Um conjunto de 2 estratégias (ações): $S = \{c, nc\}$[20]
iii) Preferências individuais sobre o conjunto de ações definidas anteriormente: ambos preferem um PRJ que lhes seja favorável a um PRJ médio, um PRJ médio a um PRJ desfavorável e um PRJ desfavorável à falência do devedor.

Tal como foi feito no jogo original, também é necessário se estabelecer uma premissa: ninguém está imune à falência (i.e., ninguém é imortal). Desse modo, conquanto ambos prefiram o PRJ que lhes dê mais dinheiro, ambos preferem perder um pouco de dinheiro com um PRJ menos favorável do que a falência do devedor. Feitas essas considerações, adotando-se como $u_1(s_{J1},s_{J2})$ o vetor que retorna o *payoff* dos credores, $u_2(s_{J1},s_{J2})$ o vetor que retorna o *payoff* do devedor, $s_{J1}$ a estratégia adotada pelos credores e $s_{J2}$ a estratégia adotada pelo devedor, passa-se à tabela de *payoffs* de ambos os jogadores:

TABELA 3 – ***PAYOFFS*** **DO PRJ DA RJO**

| *Credores* | ***PAYOFF*** | *Devedor* | ***PAYOFF*** |
|---|---|---|---|
| $u_1\{nc, c\}$ | $PRJ = PRJ^e + \Delta^c$ | $u_2\{c, nc\}$ | $PRJ = PRJ^e + \Delta^d$ |
| $u_1\{c, c\}$ | $PRJ = PRJ^e + \frac{\Delta^c + \Delta^d}{2}$ | $u_2\{c, c\}$ | $PRJ = PRJ^e + \frac{\Delta^c + \Delta^d}{2}$ |
| $u_1\{c, nc\}$ | $PRJ = PRJ^e + \Delta^d$ | $u_2\{nc, c\}$ | $PRJ = PRJ^e + \Delta^C$ |
| $u_1\{nc, nc\}$ | $PRJ^e$ | $u_2\{nc, nc\}$ | 0 |

Fonte: Elaboração própria.

onde $\Delta^c$ é o valor de $\Delta$ mais favorável ao credor, $\Delta^d$ é o valor de $\Delta$ mais favorável ao devedor e $\{\Delta^c,\Delta^d \in \mathbb{R}^*_+ \mid \Delta^c > \Delta^d\}$.

20 Onde $c$ significa "ceder" e $nc$ significa "não ceder".

Colocando esses *payoffs* em uma *bimatriz*, tem-se:

TABELA 4 – **BIMATRIZ DO PRJ DA RJO**

| | | **DEVEDOR** | |
|---|---|---|---|
| | | NÃO CEDER | CEDER |
| **CREDORES** | NÃO CEDER | $(PRJ^e, 0)$ | $PRJ^e + \Delta^c$ |
| | CEDER | $PRJ^e + \Delta^d$ | $PRJ^e + \frac{\Delta^c + \Delta^d}{2}$ |

Fonte: Elaboração própria.

Observa-se que foi possível traçar um paralelo quase perfeito com o *Chicken Game* original, pois na RJo também não há uma estratégia dominante a ser seguida por qualquer dos jogadores. Se o devedor escolher ceder na negociação durante a AGC, a melhor resposta dos credores é não ceder, pois conseguirá acrescer $\Delta^c$ a $PRJ^e$ em vez de apenas $\Delta^d$, atendendo melhor aos seus interesses. Por outro lado, se o devedor escolher não ceder, a melhor resposta dos credores será ceder, pois preferem receber $PRJ^e + \Delta^d$ a apenas $PRJ^e$.

Em sentido semelhante, o devedor tem o mesmo cenário diante de si. Caso os credores cedam, a melhor estratégia do devedor é não ceder e ter de arcar com $PRJ^e + \Delta^d$ em vez de $PRJ^e + \Delta^c$. Entretanto, se os credores não cederem, a melhor estratégia do devedor é ceder, pois ter de pagar $PRJ^e + \Delta^c$ é melhor do que falir.

Verifica-se, assim, que uma RJo em que ninguém esteja imune aos efeitos da falência[21] tem dois equilíbrios de Nash: (ceder, não ceder) e (não ceder, ceder) e o resultado vai depender do poder de barganha do devedor diante dos credores e vice-versa. Vejamos, agora, como o modelo se comporta para a RJe.

Como esclarecido na primeira seção deste artigo, na RJe não existe a possibilidade de negociação do PRJ em AGC: uma vez apresentado o PRJ pelo devedor, ele não pode mais modificá-lo. Esse cenário se assemelha com a seguinte hipótese no *Chicken Game* original: suponha que o jogador $J_2$, por qualquer motivo, não possa desviar de seu caminho (e.g. jogou

21 Evidentemente se algum dos credores for imune aos efeitos da falência (e.g. credor, cujo crédito será pago em condições semelhantes na recuperação judicial ou na falência) ou se o devedor preferir a falência (e.g. devedor que pretende deixar de ser empresário), a discussão muda completamente.

fora o volante do carro) e que essa situação seja do conhecimento de $J_1$ (jogo de informação perfeita). Veja como o quadro de *payoffs* se modifica (Quadro 6).

QUADRO 6 – ***PAYOFFS* DO *CHICKEN GAME*** (SEM VOLANTE)

| $J_1$ | ***PAYOFF*** | $J_2$ | ***PAYOFF*** |
|---|---|---|---|
| $u_1\{d, nd\}$ | PERDE | $u_2\{d, nd\}$ | VENCE |
| $u_1\{nd, nd\}$ | MORRE | $u_2\{nd, nd\}$ | MORRE |

Fonte: Elaboração própria.

Colocando esses *payoffs* em uma *bimatriz*, tem-se:

QUADRO 7 – **BIMATRIZ DO *CHICKEN GAME*** (SEM VOLANTE)

| | | $J_2$ |
|---|---|---|
| | | NÃO DESVIAR |
| $J_1$ | NÃO DESVIAR | (MORRE, MORRE) |
| | DESVIAR | (PERDE, VENCE) |

Fonte: Elaboração própria.

Observa-se, assim, que o universo de possibilidades é resumido às duas únicas ações de $J_1$. Se ele não desviar, ele morre junto com $J_2$. Se ele desviar, ele perde, mas sobrevive. Como $J_1$ não é imortal, nem suicida (prefere perder a morrer), é esperado que ele sempre desvie. Em outras palavras, em situações que podem ser modeladas como *Chicken Game*, comprometer-se com uma linha de ação pode garantir o melhor resultado possível, desde que nenhuma das partes seja suicida ou imortal. Vale dizer, ao reduzir as suas possiblidades de agir, o jogador assegura o melhor resultado possível.

Fazendo o paralelo com a RJe, observa-se que o equivalente jurídico a "jogar o volante pela janela" é a impossibilidade jurídica de o devedor modificar o PRJ uma vez apresentado. Dito de outra maneira, ainda que os credores ameacem o devedor, ele está comprometido

com aquela linha de ação, a saber, o PRJ mais favorável aos seus interesses e menos favorável ao interesse dos credores.

Veja como a quadro de *payoffs* se modifica (Quadro 8).

QUADRO 8 – ***PAYOFFS* DA RJE**

| *Credores* | ***PAYOFF*** | *Devedor* | ***PAYOFF*** |
|---|---|---|---|
| $u_1\{c, nc\}$ | $PRJ^e + \Delta^d$ | $u_2\{c, nc\}$ | $PRJ^e + \Delta^d$ |
| $u_1\{nc, nc\}$ | $PRJ^e$ | $u_2\{nc, nc\}$ | 0 |

Fonte: Elaboração própria.

Colocando esses *payoffs* em uma bimatriz, tem-se:

QUADRO 9 – **BIMATRIZ DO PRJ DA RJE**

| | | **DEVEDOR** |
|---|---|---|
| | | NÃO CEDER |
| **CREDORES** | NÃO CEDER | $(PRJ^e, 0)$ |
| | CEDER | $PRJ^e + \Delta^d$ |

Fonte: Elaboração própria.

Observa-se, assim, que, atendidas as premissas de que nenhum jogador é imune aos efeitos da falência do devedor e que os credores preferem um PRJ desfavorável à falência do devedor, retirando-se a possibilidade de o devedor poder mudar o PRJ uma vez apresentado, há uma tendência de o PRJ mais favorável aos interesses, i.e., $PRJ = PRJ^e + \Delta^d$ ser aprovado pelos credores.

É evidente que a premissa de que os credores preferem um PRJ desfavorável à falência do devedor está condicionada aos credores receberem na recuperação judicial mais do que receberão na falência, o que foi garantido pela premissa de que o devedor apresentará um PRJ que seja marginalmente superior ao resultado da falência, i.e., que $PRJ \geqslant PRJ^e$. Se o

devedor for agressivo demais na construção do PRJ até o ponto em que para o credor seja indiferente aceitar o PRJ ou pedir a falência do devedor, essa premissa não se sustentará.

## Conclusão

O objetivo deste artigo foi verificar se a RJe é, de alguma maneira, superior à RJo de maneira a justificar a sua inserção no ordenamento jurídico como um regime especial e mais favorável ao micro e pequeno empresário. A doutrina brasileira[22] aponta a simplicidade do procedimento como o seu principal ponto de vantagem e, como desvantagens principais, o fato de o PRJ na RJe já vir predeterminado pela lei (enquanto na RJo o art. 50 da LFRJ é apenas exemplificativo) e o fato de não haver a "rodada de negociação", caso o PRJ sofra as objeções qualificadas pela Lei.

O que se pretendeu demonstrar neste artigo é que, especificamente quanto à ausência de "rodadas de negociação" na RJe, esse ponto não é, necessariamente, uma desvantagem do procedimento especial. A bem da verdade, o que o modelo indica é que, nos casos em que o credor não tenha interesse na falência do devedor e que o PRJ apresentado deixe o credor, ao menos, em estado marginalmente superior do que estaria caso a falência do devedor fosse decretada, é esperado que um plano mais favorável ao devedor seja aprovado na RJe na maioria dos casos, enquanto, na RJo, resultado semelhante dependerá de o poder de barganha do devedor ser superior ao dos credores.

É importante ressaltar que há estudos que apontam que as micro e pequenas empresas vêm preferindo a RJo à RJe, sugerindo que as "limitações existentes no procedimento especial têm afastado os requerentes" (WAISBERG *et al.*, 2019, p. 5; SACRAMONE, *et al.*, 2020). Nada obstante, considerando-se que esses trabalhos empíricos não identificaram a ausência de "rodadas de negociação" no procedimento da RJe como uma dessas limitações, os resultados teóricos encontrados neste artigo continuam se sustentando. Vale dizer, portanto, que, entre as desvantagens do procedimento da RJe em comparação à RJo, a inexistência de "rodadas de negociação" não parece ser uma delas.

Por fim, é evidente que as conclusões alcançadas pelo presente artigo partiram de uma premissa essencial para a construção do modelo, qual seja, a de que os credores agiriam como um único jogador e que, portanto, haveria um interesse único a ser tratado. Esclarece-se, contudo, que essa premissa foi adotada para simplificar o modelo adotado e demonstrar a estrutura de incentivos construída pelas regras específicas da RJe trazidas na LFRJ e

22 Vide a nota 14 para referências nesse sentido.

que, tudo o mais constante, a ausência das "rodadas de negociação" existentes nas AGCs da RJo não é, necessariamente, um aspecto negativo do regime especial.

## REFERÊNCIAS

ARAKE, Henrique; GICO JR., Ivo Teixeira. Quando mais é menos: recursos adesivos como desincentivo a recorrer. *Economic Analysis of Law Review*, v. 6, n. 1, p. 115-127, 2015.

AS AVENTURAS de um anjo. Direção: Cary Medoway, 1985.

BATALHA, Wilson Campos; RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Labate. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência* – Lei 11.101/05, Comentada artigo por artigo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAVALLI, Cássio M. Plano de recuperação. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 258-294. v. 7.

CHAGAS, Edilson Enedino. *Direito empresarial esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FOOTLOOSE: ritmo louco. Direção: Herbert Ross, 1984.

JUVENTUDE transviada. Direção: Nicholas Ray, 1955.

OSBORNE, Martin. *An Introduction to Game Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAPOPORT, Anatol; CHAMMAH, Albert M. The Game of Chicken. *American Behavioral Scientist*, v. 10, n. 10, p. 10-28, 1966. doi: 10.1177/000276426601000303

SACRAMONE, Marcelo Barbosa *et al*. O processo de insolvência e o tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte em crise no Brasil. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 3, 2020. doi:10.5020/2317-2150.2018.10940

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SEBRAE. Sebrae Nacional. *Data SEBRAE*. 11 mar. 2020. Disponível em: https://datasebrae.com.br/totaldeempresas/. Acesso em: 25 abr. 2020.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: falência e recuperação de empresas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 3.

WAISBERG, Ivo *et al. Recuperação judicial no estado de São Paulo* – 2ª Fase do Observatório de Insolvência. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332672368_Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Paulo_-2_Fase_do_Observatorio_de_Insolvencia/citations. Acesso em: 13 mar. 2021.

**Como citar este artigo:**

ARAKE, Henrique; ALCOFORADO, Luís Roberto. A recuperação judicial especial é mais vantajosa do que a recuperação judicial ordinária? Uma análise à luz da Teoria dos Jogos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2144. https://doi.org/10.1590/2317-6172202144

*Henrique Arake*

Mestre e Doutor em Análise Econômica do Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uni-CEUB). Professor de Direito Empresarial em diversas instituições de ensino de Brasília. Vencedor do 2020 International Advisory Experts Award na modalidade Compliance and Internal Investigations Law no Brasil. Titular da Henrique Arake Advocacia Empresarial.

*henrique.cavalcante@ceub.edu.br*

*Luís Roberto Alcoforado*

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uni-CEUB). Pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Sócio da Alcoforado Advogados Associados.

*advocacia@alcoforadoadvogados.com.br*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 27.04.2020
Aprovado: 17.09.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202145

# Regulação da formação de professores para o ensino do Direito no Brasil: análise a partir de dois casos

*REGULATION OF TEACHER TRAINING TO THE LEGAL EDUCATION: ANALYSIS FROM TWO CASES*

*Jordi Othon Angelo*[1,2] e *Joannes Paulus Silva Forte*[3,4]

**Resumo**

Este artigo analisa a regulação da formação de professores oferecida nos cursos de mestrado e de doutorado dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGDs) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Universidade Federal do Ceará (UFC). A pesquisa, de caráter documental, foi desenvolvida a partir da seguinte questão norteadora: como ocorre a regulação da formação de professores oferecida nos cursos de mestrado e de doutorado dos PPGDs da UNIFOR e da UFC? Por meio da análise documental, foram abordados a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) n. 9.394/1996, os documentos de avaliação e regulação elaborados, de 2017 a 2019, pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), os Regimentos Internos (RIs) vigentes em 2020 e os programas das disciplinas ofertadas por ambos os PPGDs. A análise dos documentos possibilitou observar que, atualmente, a LDB pouco regula a formação de professores na pós-graduação, o que, consequentemente, repercute na avaliação dos PPGDs realizada pela CAPES, que privilegia a pesquisa em detrimento da formação docente, dissociando ensino e pesquisa, levando os PPGDs a preterir a formação de professores para os cursos de Direito. A pesquisa revelou que, no tocante à avaliação da qualidade dos cursos feita pela CAPES, a formação de pesquisadores ocupa lugar privilegiado, enquanto a docência ocupa lugar desvalorizado, quase invisível. Além das especificidades dos dois programas analisados, destaca-se, na regulação da formação de professores para o magistério superior em geral, a ausência de um preparo articulado entre pesquisa, teoria e prática do trabalho docente, fundamental à formação e ao exercício da profissão de professor, fato que compromete significativamente a *profissionalização* e a construção de *identidades docentes*, assim como a qualidade do ensino oferecido nos cursos de Direito no Brasil.

**Palavras-chave**

Formação de professores; ensino do Direito; pós-graduação *stricto sensu*; regulação; avaliação.

***Abstract***

*This article analyzes the regulation of the teacher training for university professors offered in master's and doctoral courses in postgraduate programs in Law (PPGDs) at the University of Fortaleza (UNIFOR) and the Federal University of Ceará (UFC). The research, of documentary character, was developed from the following guiding question: how does the regulation of teacher training for university professors offered in the master's and doctoral courses of the PPGDs of UNIFOR and UFC occur? Through documentary analysis, the National Education Guidelines and Bases Law (LDB) n. 9.394/1996 were addressed, the evaluation and regulation documents prepared, from 2017 to 2019, by the Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (CAPES), the current Internal Regulations in 2020 and the programs of the disciplines offered by both PPGDs. The analysis of the documents made it possible to realize that, currently, the LDB little regulates the training of*

**1** Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, Distrito Federal, Brasil

**2** Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-3168-2916

**3** Universidade Estadual Vale do Acaraú, Sobral, Ceará, Brasil

**4** Universidade Federal do Ceará, Ceará, Fortaleza, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-3585-7066

CC BY-NC

*professors in postgraduate education, which, consequently, has repercussions on the evaluation of PPGDs carried out by CAPES, which favors research to the detriment of teacher training, dissociating teaching and research, leading PPGDs to neglect teacher training for Law courses. The research revealed that, with regard to CAPES' evaluation of the quality of courses, the training of researchers occupies a privileged place, while teaching occupies a devalued, almost invisible place. In addition to the specificities of the two programs analyzed, in the regulation of teacher training for higher education in general, the absence of an articulated preparation between research, theory and practice of teaching work, which is fundamental to the formation and exercise of the teaching profession, is a fact that significantly compromises the professionalization and the construction of teaching identities, as well as the quality of teaching offered in Law courses in Brazil.*

***Keywords***
*Teacher training; Legal education; postgraduate programs in Law; regulation; evaluation.*

## Introdução

Nos últimos anos, houve, no Brasil, significativo aumento no número de cursos de pós-graduação em Direito (BRASIL, 2019a), sobretudo em instituições privadas, fato que repercutiu no crescimento da oferta de professores para os cursos de Direito. Diante dessa realidade, e considerando que os estudantes de mestrado e de doutorado deveriam, segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) n. 9.394/1996, ser "preparados" para o exercício da docência nos programas de pós-graduação *stricto sensu* (BRASIL, 1996), analisamos a regulação da formação para o magistério superior[1] em dois Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (PPGDs) no estado do Ceará.

Nossa escolha metodológica de analisar dois PPGDs do mesmo estado foi feita com base nos seguintes critérios: 1) a antiguidade na formação de mestres e doutores no contexto local

1 Designa os atos normativos e os parâmetros de funcionamento dirigidos à formação docente para o Ensino Superior, com o estabelecimento de regras e procedimentos para a garantia do respeito a elas. No que concerne a essa regulação, verificamos, a partir de nossa análise, a inexistência de regras claras e de instrumentos de acompanhamento e de avaliação específicos para a formação de professores do Ensino Superior, revelando uma indeterminação de diretrizes que visem garantir a relação entre teoria e prática do trabalho docente e entre pesquisa e formação docente na pós-graduação *stricto sensu*, aspecto especialmente abordado nas seções posteriores.

e regional. O PPGD da UFC possui o curso de mestrado mais antigo do Ceará, e o PPGD da UNIFOR, o de doutorado. Atualmente, apenas esses dois programas têm cursos de mestrado e de doutorado, diferentemente dos outros três PPGDs existentes no estado, os quais, por terem sido criados recentemente, ofertam somente cursos de mestrado; 2) o impacto na quantidade de professores de diversas Instituições de Ensino Superior (IESs) do Ceará, notadamente nos cursos de Direito; 3) a distinta natureza de seus regimes jurídico-administrativos: a UNIFOR, fundação privada, e a UFC, autarquia pública federal; e 4) a diferença entre os conceitos atribuídos pela CAPES aos dois programas. O PPGD da UFC possui conceito 4, que é o mais recorrente entre os PPGDs no país (atualmente, são 37 com essa avaliação); e o PPGD da UNIFOR possui conceito 6, que é o mais elevado na área do Direito e o menos comum entre os PPGDs (apenas 11 foram avaliados com esse conceito).

Mesmo considerando suas especificidades, os PPGDs que integram o recorte desta pesquisa fazem parte do sistema nacional de pós-graduação, e estão submetidos aos mesmos imperativos normativos da LDB e normativos e avaliativos da CAPES que os demais, razão pela qual também podemos refletir, a partir do cenário local, sobre dados da regulação da formação de professores nos cursos de mestrado e de doutorado em Direito que também dizem respeito ao contexto nacional.

Dito isso, partindo desse contexto local e bastante paradigmático, este artigo também contribuirá para o questionamento e a reflexão sobre a realidade mais ampla da pós-graduação em Direito no Brasil, o que, contudo, não dispensa pesquisas que interpelem os quadros empíricos específicos de PPGDs de outros estados e regiões, para que tenhamos um mosaico empírico-analítico que contemple o particular e o geral da regulação da formação de professores nos cursos de mestrado e doutorado em Direito no país.

Para a abordagem da regulação da formação para o magistério superior, em âmbito nacional/geral e local/específico, considerando os dois programas escolhidos, realizamos uma pesquisa de caráter documental, haja vista que a regulação analisada se encontra em documentos textuais legais e institucionais.

A pesquisa documental foi realizada a partir da perspectiva dialética, como referenciada por Gamboa (1994, 2007 e 2013) e Severino (2001). Sob essa orientação epistemológica, a investigação foi construída sob a perspectiva do confronto entre os documentos analisados e a literatura especializada do campo de formação de professores e do Direito educacional.

A pesquisa contou com a *análise documental* (FLICK, 2009; CELLARD, 2012) da LDB n. 9.394/1996 e de documentos elaborados pela CAPES, quais sejam, o Documento de Área de Direito de 2019 (referente à Avaliação Quadrienal 2017-2020), o Relatório de Avaliação de Área de 2017 e as Fichas de Avaliação dos PPGDs da UNIFOR e da UFC de 2017 (referentes à Avalição Quadrienal 2013-2016). Além desses documentos, analisamos os RIs vigentes em 2020 e os programas das disciplinas ofertadas pelos PPGDs pesquisados. Todos esses documentos são de domínio público e possuem livre acesso pela internet, o que nos possibilitou organizar suas cópias em acervo digital constituído para viabilizar a realização desta pesquisa.

Inicialmente, foi examinado um documento de cada vez, e, ao final da análise de cada texto, foram realizados cotejos para a identificação de conceitos-chave, frases e sentidos que se vinculam à formação de professores, e, mais especificamente, à formação de professores para atuarem no ensino do Direito, conforme a tensão entre a teoria e a empiria dos documentos, entendidos ao mesmo tempo como dados (FLICK, 2009)[2] e como fontes (CELLARD, 2012).[3]

Realizamos a análise em duas etapas, a saber: a análise preliminar de cada documento e a análise do conjunto dos documentos previamente selecionados. A análise preliminar contou com a leitura e o fichamento crítico de cada documento, considerando-se os contextos histórico, social, político e econômico; os autores e os atores que o ensejaram e aos quais ele se dirige; os interesses, a autenticidade e a confiabilidade do texto; a natureza do texto; os conceitos-chave e a lógica interna do texto. A análise do conjunto dos textos baseou-se nos resultados da análise preliminar para reunirmos todas as partes: questões de pesquisa, discussão teórico-metodológica, contexto, autores e atores, interesses, confiabilidade, natureza dos textos, conceitos-chave.

Enfim, com a análise realizada, levamos em consideração o debate teórico e as questões de pesquisa, com a finalidade de produzir uma interpretação originária do confronto entre a teoria e a empiria dos documentos analisados, compreendendo a formação de professores nos PPGDs e a sua regulação como fenômenos histórico-sociais.

O texto que se segue é composto de cinco partes. Na primeira, realizamos uma breve discussão sobre os aspectos legais concernentes à regulação da formação docente, articulada a uma reflexão teórica sobre os desencontros entre pesquisa e formação de profissionais da docência na pós-graduação *stricto sensu*. Na segunda, estudamos os documentos da CAPES

2 Segundo Flick (2009), "[...] os documentos não são somente uma simples representação dos fatos ou da realidade" (FLICK, 2009, p. 232). Conforme o autor, eles são produzidos por alguém ou por uma instituição e possuem um fim prático e algum tipo de uso por parte dos atores, individuais ou coletivos, a quem se destinam os dados neles contidos. Os aspectos comunicacionais dos documentos mostram que eles não são "contêineres de conteúdo", mas sim "dispositivos comunicativos metodologicamente desenvolvidos na construção de versões sobre os eventos" (FLICK, 2009, p. 234), os quais são ações de atores sociais que devemos analisar contextualmente. Por isso, na visão de Flick (2009), é apropriado fazermos uso dos documentos como dados, ultrapassando o que ele chama de "uma mera análise de textos" (FLICK, 2009, p. 236), que toma os textos como um elemento estático e não como uma ação. Por meio dos documentos analisados podemos construir "[...] uma versão específica de um evento ou processo e, normalmente, também em uma perspectiva mais ampla [...]" podemos "[...] decifrar um caso específico de uma história de vida ou de um processo" (FLICK, 2009, p. 236).

3 Em uma perspectiva dos documentos como fontes, Cellard (2012) afirma que o documento escrito possibilita a realização de importantes análises sobre os fenômenos sociais, o que faz dele "[...] uma fonte extremamente preciosa para todo pesquisador nas ciências sociais [...]" (CELLARD, 2012, p. 295).

que avaliam os PPGDs no Brasil. Na terceira e quarta partes, analisamos os documentos internos dos PPGDs da UNIFOR e da UFC, respectivamente, a fim de investigar a regulação da formação de professores nesses dois contextos específicos. Na última parte, apresentamos algumas considerações finais sobre a formação de professores para o Ensino Superior, especialmente para a ensino do Direito.

## 1. A LDB e os desafios da formação de professores para o Ensino Superior e para a docência em Direito no Brasil

A Lei n. 9.394/1996 (LDB) é o principal instrumento normativo que dispõe sobre a formação de professores dos ensinos Fundamental, Médio e Superior. Para os fins deste artigo, destacaremos alguns dispositivos que tratam da formação de professores do Ensino Superior, notadamente os contidos no título VI da lei (intitulado "Dos Profissionais da Educação"), considerando a repercussão das alterações realizadas no texto da LDB, principalmente em seu art. 61.

O texto original do art. 61, alterado por atos normativos posteriores,[4] chegou a trazer uma redação que abrangia a formação de profissionais da educação de todos os níveis e modalidades de ensino. Observemos:

> Art. 61. A formação de profissionais da educação, de modo a atender aos objetivos dos diferentes níveis e modalidades de ensino e às características de cada fase do desenvolvimento do educando, terá como fundamentos:
> I - a associação entre teorias e práticas, inclusive mediante a capacitação em serviço;
> II - aproveitamento da formação e experiências anteriores em instituições de ensino e outras atividades. (BRASIL, 1996)

Notamos que, segundo esse dispositivo, era necessário que, independentemente da modalidade de ensino (básico ou superior) em que o professor atuasse ou pretendesse atuar, a formação dos professores capacitasse docentes para a relação entre teoria e prática, de forma que o ensino não permanecesse alheio à realidade da qual os professores, os alunos e a instituição educadora fizessem parte. Segundo esse dispositivo, a formação para a docência deveria considerar a formação pela qual os professores já passaram e suas experiências anteriores.

Pela redação anterior, os docentes de todos os níveis e modalidades de ensino eram considerados "profissionais da educação". O art. 61, como mencionamos, sofreu diversas modificações,

4 O art. 61 da LDB foi alterado pela Lei n. 12.014/2009, e, depois, pela Medida Provisória n. 746/2016 e pela Lei n. 13.415/2017.

mas, a nosso ver, a mudança mais substancial ocorreu em 2009, com a Lei n. 12.014, que lhe conferiu uma nova redação, a saber:

> Art. 61. Consideram-se profissionais da educação escolar básica os que, nela estando em efetivo exercício e tendo sido formados em cursos reconhecidos, são:
> I – professores habilitados em nível médio ou superior para a docência na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio;
> II – trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia, com habilitação em administração, planejamento, supervisão, inspeção e orientação educacional, bem como com títulos de mestrado ou doutorado nas mesmas áreas;
> III – trabalhadores em educação, portadores de diploma de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim.
> Parágrafo único. A formação dos profissionais da educação, de modo a atender às especificidades do exercício de suas atividades, bem como aos objetivos das diferentes etapas e modalidades da educação básica, terá como fundamentos:
> I – a presença de sólida formação básica, que propicie o conhecimento dos fundamentos científicos e sociais de suas competências de trabalho;
> II – a associação entre teorias e práticas, mediante estágios supervisionados e capacitação em serviço;
> III – o aproveitamento da formação e experiências anteriores, em instituições de ensino e em outras atividades (Redação dada pela Lei n. 12.014/2009). (BRASIL, 1996)

Em análise sobre as exigências para o exercício do magistério superior no Brasil, no âmbito normativo, Rodrigues (2009; 2017) concluiu que "o Direito Educacional exige que todos os docentes do Ensino Superior brasileiro possuam pós-graduação", que, segundo o autor, deve incluir, necessariamente, "conteúdos voltados à formação pedagógica" (RODRIGUES, 2017, p. 350). Todavia, ao longo dos anos 2000, com as mudanças ocorridas na legislação que trata da formação de professores da Educação Superior, a exemplo da edição da Resolução n. 1/2001 e da Resolução n. 1/2007, da Câmara de Educação Superior (CES) do Conselho Nacional de Educação (CNE), e, principalmente, das alterações na redação do art. 61 da LDB, pode-se afirmar que a regulação da formação de professores para o Ensino Superior brasileiro sofreu retrocessos que permitiram maior relativização da "preparação para o exercício do magistério superior".

Vejamos que a LDB deixou de aplicar os fundamentos da formação de professores à docência no Ensino Superior, restringindo sua aplicação ao Ensino Básico. Ademais, reduziu a abrangência do termo "profissionais da Educação", não o aplicando mais a docentes do Ensino Superior. É preciso considerar os efeitos dessa realocação de palavras, pois como lembra Austin (1990), as palavras não só dizem coisas, mas também fazem coisas, sobretudo se consideramos que estamos falando de uma lei federal que estabelece diretrizes para a educação nacional.

Veiga (2014, p. 331) destaca que o professor do Ensino Superior é um *múltiplo profissional,* uma vez que tem de lidar com atividades de ensino, de pesquisa, de extensão, de avaliação, de gestão, etc. Porém, muitos professores, ao iniciarem suas atividades como docentes, detêm apenas os conhecimentos específicos de sua área de atuação, sem que tenham "os conhecimentos pedagógicos necessários à realização do ensino" (VEIGA, 2014, p. 332). Por isso, conforme a autora, a formação pedagógica do professor deve ser vista como integrante de uma política institucional, na medida em que "a docência requer formação profissional para seu exercício" (VEIGA, 2014, p. 332), ou seja, é uma atividade profissional que requer a incorporação de conhecimentos e habilidades específicas para a sua realização.

A LDB, em seu art. 66, afirma que os professores do Ensino Superior devem ser "preparados" por meio de pós-graduação, notadamente nos cursos de mestrado e doutorado. Observemos: "Art. 66º. A preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado" (BRASIL, 1996).

Nota-se que a LBD "[...] não concebe a docência universitária como *processo de formação*, mas sim como *preparação* para o exercício do magistério superior, a qual será realizada prioritariamente (e não exclusivamente) em pós *stricto sensu*" (PIMENTA e ANASTASIOU, 2010, p. 40, grifos das autoras). Portanto, para se tornar professor universitário, conforme o texto atual da LDB, não se faz necessário que os futuros professores da Educação Superior passem por um processo de formação específico destinado à reflexão sobre a profissão docente, sobre os saberes específicos da docência, sobre a avaliação, sobre o processo de ensino e aprendizagem, sobre a gestão escolar, etc.

Cunha (2013, p. 612) afirma que há dois caminhos ou dois *espaços preferenciais* nos quais o professor se desenvolve profissionalmente, que são a *formação inicial* e a *formação continuada*. Segundo a autora, a *formação inicial* diz respeito aos "processos institucionais de formação de uma profissão que geram a licença para o seu exercício e o seu reconhecimento legal e público", enquanto a *formação continuada* diz respeito às "iniciativas instituídas no período que acompanha o tempo profissional dos professores" (CUNHA, 2013, p. 612).

Nos PPGDs, há que se reconhecer que os discentes têm trajetórias e percursos bastante diferentes: há, por um lado, aqueles que ingressam no mestrado logo após o término da graduação, e que só vão trabalhar como professores após a conclusão do mestrado/doutorado; e, por outro, há aqueles que já atuam como professores, que têm experiência profissional na Educação Superior, e que ingressam nos programas de pós-graduação, especialmente nos cursos de mestrado e de doutorado, para dar continuidade à sua formação como pesquisador/professor. De qualquer modo, pensamos que essa última categoria de discentes não está excluída da necessária formação teórica e pedagógica, inclusive, para que, em sua formação acadêmica, haja a oportunidade da reflexão sobre o seu trabalho docente e o seu acúmulo prático, o que se espera encontrar na "preparação" para o magistério superior, como aquela prevista para ocorrer prioritariamente em programas de mestrado e doutorado no país (BRASIL, 1996).

Na esteira do art. 66 da LDB n. 9.394/1996 e do debate acadêmico sobre a *profissionalização* e a construção de uma *identidade docente*, a exemplo dos trabalhos de Therrien (2002), Weber (2007), Tardif (2010), Pimenta e Anastasiou (2010), Dotta, Lopes e Giovanni (2011), Veiga (2014) e Angelo e Forte (2016), a formação docente que se disponibiliza na pós-graduação *stricto sensu* deve ser respeitada e cumprida por todos(as) os(as) estudantes, mesmo que eles(as) demonstrem experiência no âmbito da docência. Dito isso, entendemos que, na pós-graduação *stricto sensu*, a estruturação de diretrizes para a abordagem científica e técnica da docência no Ensino Superior é imprescindível para a formação acadêmica e profissional dos(as) alunos(as) voltada para o trabalho docente, quer se trate de um(a) mestrando(a) ou doutorando(a) sem experiência prática com a docência, quer se trate de um(a) professor(a) profissional, com formação e experiência docentes. Ademais, a *profissionalização continuada* e a *identidade docente* (PIMENTA e ANASTASIOU, 2010, p. 108-116) são elaboradas de modo conjunto e articulado durante os estudos, pesquisas e práticas dos(as) professores(as), nos processos iniciais e contínuos de sua formação, o que também faz da pós-graduação *stricto sensu* um nível acadêmico de formação, ao mesmo tempo inicial e continuada, para a docência no Ensino Superior.[5]

Ressaltamos que nosso interesse, neste artigo, centra-se na formação de professores oferecida a discentes pelos PPGDs, de modo que não estamos analisando a *formação continuada* oferecida aos professores dos PPGDs. Nesse sentido, também destacamos que a formação a que nos referimos:

> Não se trata de, em um período médio de dois ou quatro anos (mestrado/doutorado), formar integralmente um professor, mas de, nesse período, apresentar, discutir, refletir e construir elementos que subsidiam – e subsidiarão – uma prática social complexa: a docência no ensino superior. Trata-se de um início formal da construção de uma identidade docente. (CORRÊA e RIBEIRO, 2013, p. 331)

É, portanto, sobre a regulação desse início de formação que nos interessamos nesta pesquisa.

Segundo a LDB, o profissional que porventura cursasse mestrado ou doutorado estaria preparado para o exercício do magistério superior ou para ministrar aulas, mas não formado para ser professor. Diga-se, aliás, que essa lei sequer disciplina o modo como deveria ser feita essa preparação nos cursos de pós-graduação *stricto sensu*. Ao contrário, pois, em vez de aplicar

5 Considerando que o bacharelado em Direito não é um curso de formação de professores, como o são as licenciaturas, a pós-graduação *stricto sensu* torna-se, sobretudo, um espaço de *formação inicial* de professores, e não de *formação continuada*.

a regra do art. 65, segundo a qual a formação de professores deve conter prática de ensino de, no mínimo, 300 horas, exclui dessa regra a formação de professores do Ensino Superior, não estipulando um mínimo de horas de prática de ensino à pós-graduação *stricto sensu*, como se observa: "Art. 65. A formação docente, exceto para a educação superior, incluirá prática de ensino de, no mínimo, trezentas horas" (BRASIL, 1996).

Levando em conta esse artigo, constata-se, mais uma vez, que o entendimento previsto na LDB, conforme seu texto atual, é o de que a pós-graduação *stricto sensu* não precisa ser necessariamente um espaço para formar professores, mas para "preparar" profissionais para o exercício do magistério, significando que "o profissional que decide ingressar na vida acadêmica e procura um mestrado ou doutorado para se tornar professor pode concluir seu curso sem ter um único contato sequer com a docência, ainda que teoricamente" (OLIVEIRA, 2010, p. 47). Nesse sentido, "os programas de pós-graduação *stricto sensu* desenvolvem atividades, fundamentalmente, voltadas à formação de pesquisadores, em detrimento da necessária formação pedagógica de profissionais para o exercício do magistério superior" (PAIVA, 2010, p. 170). Para Paiva (2010, p. 170), há uma presunção equivocada, segundo a qual um bom pesquisador é, inevitavelmente, um bom professor, o que teria justificado a preferência de atividades prioritárias direcionadas à formação de pesquisadores no âmbito dos programas de pós-graduação *stricto sensu*.

A partir da leitura dos dispositivos legais destacados anteriormente, depreende-se, assim, que o texto atual da LDB não considera a formação docente para o Ensino Superior tão relevante como o é para o Ensino Básico, visto que não regula os processos de *formação inicial* e de *formação continuada* dos professores, e na medida em que incumbe aos cursos de pós-graduação *stricto sensu* a mera "preparação" para o exercício do magistério. Além disso, não impõe nenhuma obrigação aos PPGs destinada à formação específica para a docência, de forma que "uma mudança de cenário fica a critério das instituições de ensino" (OLIVEIRA, 2010, p. 48), isto é, na prática, a LDB desresponsabiliza os PPGs da obrigação de formar professores, e concede às IES e aos PPGs a faculdade de formar – ou não – professores (OLIVEIRA, 2010).

Torres e Almeida (2013, p. 15), ao debruçarem-se sobre a análise do campo da *pedagogia universitária*, afirmam que as três principais características do Ensino Superior são: a valorização dos conhecimentos técnico-disciplinares em detrimento dos conhecimentos pedagógicos; o prestígio da pesquisa em detrimento do ensino de graduação; e a omissão de políticas públicas e institucionais quanto à formação de professores. A primeira característica está relacionada à predominância das aulas "magistrais" e "conteudistas" (TORRES e ALMEIDA, 2013, p. 15), típicas de um modelo de "ensino bancário" (FREIRE, 1987), em que o processo educativo é reduzido ao ato de "passar" e "transmitir" o conteúdo, e em que o professor da Educação Superior é "um mero '*dador*' *de aulas*, um *repetidor de informações"*(DOTTA, LOPES e GIOVANNI, 2011, p. 587, grifos dos autores). A segunda característica denota a preterição do ensino diante da pesquisa. De acordo com as autoras, há um descompasso entre o valor

financeiro e simbólico atribuído às atividades de docência e às atividades de pesquisa porque a "carreira docente é pensada a partir da produção científica voltada à pesquisa" (TORRES e ALMEIDA, 2013, p. 15), isto é, à medida que são produzidas e publicadas pesquisas, viabilizam-se, por consequência, mudanças salariais e ascensões nos níveis da carreira. A terceira e última característica está associada à omissão – da LDB e das políticas públicas – relacionadas à formação de professores, como vimos anteriormente. Conforme destacam as autoras, as disposições legais estabelecidas na LDB quanto à formação de professores para o Ensino Superior são "minimalistas", e não primam pelo "conhecimento pedagógico na condução do ensino, da extensão e, quiçá, da própria pesquisa" (TORRES e ALMEIDA, 2013, p. 16).

Formar para a docência não significa dissociá-la da pesquisa, ao contrário, significa formar o profissional docente para o exercício do ensino, da pesquisa e da extensão, de forma que se habilite a utilizar instrumentos teórico-metodológicos da pesquisa, do ensino e da extensão em sua prática do trabalho docente, complementarmente. Por esse motivo, Demo (2005) propõe o desafio de educar pela pesquisa, tomando-a como princípio educativo e atitude cotidiana em que docentes e discentes desenvolvem o *questionamento reconstrutivo*, com o qual podemos conhecer a realidade que nos cerca de modo crítico e criativo, o que deve levar à competência formal (qualidade técnico-científica e profissional) e política (qualidade cidadã), na educação Básica e Superior. Ressalta, contudo, que a educação pela pesquisa não é uma visão pedagógica da prática do trabalho docente, mas um olhar propedêutico sobre o processo de educação, isto é, uma forma de tornar a pesquisa um instrumento próprio e necessário ao processo de educar.

Severino (2004), por seu turno, acredita que a pesquisa deve se tornar eixo para a (re)estruturação da universidade, pois "a prática da pesquisa no âmbito do trabalho universitário contribuiria significativamente para tirar o ensino superior dessa atual irrelevância" (SEVERINO, 2004, p. 8). O que se observa nessa análise, assim como em Demo (2005), é que a pesquisa é um pressuposto para o processo de construção do conhecimento e, consequentemente, para a implementação de mudanças nos modelos de ensino atualmente vigentes.

Oliveira (2010) destaca que o foco dos cursos de mestrado e de doutorado é a formação para a pesquisa, de modo que aquele que desejar ter uma formação para o exercício da docência poderá sair da pós-graduação *stricto sensu* sem ter tido nenhum contato teórico ou prático com a docência. A ênfase exclusiva na pesquisa implica despreparo para a docência, e a consequência desse despreparo são os professores que, "na marra", aprendem a ser professores (PIMENTA e ANASTASIOU, 2010). Ingressando na sala de aula sem preparo teórico-metodológico sobre os saberes e práticas docentes, a profissão docente torna-se corolário da pesquisa ou mesmo do exercício de profissões técnicas, como as de juiz, advogado, delegado, etc.

O fato de afirmarmos, em diversos momentos do texto, que há predominância ou ênfase exclusiva da pesquisa na política de avaliação da CAPES não nos permite, de modo nenhum,

pressupor que as pesquisas produzidas nos cursos de mestrado e de doutorado em Direito sejam teórico-metodologicamente sofisticadas, de altíssima qualidade, ou que tenham relevante impacto científico e social. Fazemos essa ressalva, pois não é nosso objetivo investigar a qualidade das pesquisas produzidas por discentes e docentes nos PPGDs do Brasil afora, o que demandaria, certamente, outros estudos. Chamamos a atenção tão somente para a recorrência da categoria "pesquisa" no discurso oficial da CAPES (em grande parte, orientada por uma lógica produtivista) e para o consequente apagamento da formação inicial de professores nos PPGDs e nas políticas de avaliação da pós-graduação brasileira.

Dito isso e levando em consideração a realidade dos cursos jurídicos do Brasil, em que, em regra, a docência é uma profissão subsidiária das outras profissões jurídicas (FGV DIREITO SP, 2013), e considerando, ainda, que a pós-graduação deveria ser o espaço de "preparação" (ou formação) de professores do Ensino Superior, lançamos as seguintes perguntas: como são avaliados os cursos de mestrado e de doutorado em Direito, no Brasil? Quais são os critérios utilizados para aferir sua qualidade? No intuito de respondê-las, analisaremos, no próximo tópico, alguns documentos da CAPES que dispõem sobre essa avaliação.

## 2. A CAPES e a avaliação dos cursos de pós-graduação em Direito: a valorização da pesquisa e a desvalorização da formação de professores para o ensino superior

A CAPES é responsável, entre outras funções, pela avaliação dos programas de pós-graduação *stricto sensu* oferecidos pelas IESs, e o faz por meio de Fichas de Avaliação, Relatórios e Documentos de Área, que são elaborados a cada quatro anos.

O Documento de Área e os Relatórios de Avaliação – que são documentos produzidos pela Diretoria de Avaliação da CAPES – visam ao estabelecimento das diretrizes para a formação a ser oferecida nos cursos de mestrado e doutorado e à definição dos critérios de avaliação dos programas de pós-graduação *stricto sensu*. O último Documento de Área disponível no *site* da CAPES refere-se à Avaliação Quadrienal de 2017, concernente aos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016.

O documento está dividido em duas partes: "I – Considerações sobre o estado da arte da área"[6] e "II – Considerações sobre o futuro da área".[7]

6 Essa parte é dividida em: a) tendências, apreciações, orientações, diagnóstico da área (incluindo a distribuição dos PPGs por região, nota e modalidade) e b) interdisciplinaridade na área (BRASIL, 2019a, p. 1).

7 Essa parte é dividida em: a) inovações, transformações e propostas; b) adoção da autoavaliação como parte da avaliação dos PPGs; c) planejamento dos PPGs da área no contexto das IESs; perspectivas de impacto dos PPGs da área na sociedade; d) perspectivas do processo de internacionalização dos PPGs; e) perspectivas

A primeira parte do Documento de Área da CAPES trata das considerações gerais sobre o estágio atual da área do Direito, faz uma breve consideração sobre o surgimento e a formação da pós-graduação em Direito, e aborda as características e tendências dessa área de conhecimento nos últimos anos.[8]

O documento da CAPES é bastante extenso, e traz o cenário atual da pós-graduação em Direito no Brasil, apontando que houve significativo aumento no número de cursos de pós-graduação em Direito no país, especialmente em instituições de ensino privadas. Atualmente, de todos os 109 PPGDs, 72 são particulares, 30 são públicos federais e sete são públicos estaduais (BRASIL, 2019a, p. 4). Ademais:

> Entre 2013 e 2019, a Área de Direito cresceu substancialmente ao passar de 84 (oitenta e quatro) para 109 (cento e nove) programas, excluídos os aprovados em 2019 na fase de reconsideração. Quanto a cursos de doutorado, no mesmo período, a evolução deu-se de 30 (trinta) para 42 (quarenta e dois) cursos. A mais notável mudança na Área centrou-se nos mestrados profissionais. De 1 (um) único curso, em 2016 chegou-se a 4 (quatro) cursos. No ano de 2019, a Área passou a contar com 11 (onze) mestrados profissionais .(BRASIL, 2019a, p. 4)

Nessa primeira parte do documento, outras questões importantes são levantadas, como o desequilíbrio regional quanto à distribuição dos PPGDs no Brasil, o regime de trabalho do corpo docente dos PPGDs e a interdisciplinaridade na área de avaliação. Além disso, há um tópico que trata sobre a configuração da área do Direito, em que se destaca a sua política geral. Observou-se que as diretrizes que orientam a política geral da área do Direito são direcionadas à avaliação dos programas de mestrado e de doutorado pela produção em pesquisa,

> de redução de assimetrias regionais e intrarregionais; f) visão da área sobre fusão, desmembramento e migração de PPGs; g) visão da área sobre a modalidade a distância; h) visão da área sobre a modalidade profissional (especialmente o nível de doutorado); i) medidas de indução de interação com a Educação Básica ou outros setores da sociedade; j) visão da área sobre formas associativas; e k) visão da área sobre mecanismos de solidariedade (Minter, Dinter e Turma Fora de Sede) (BRASIL, 2019a, p. 1).

8 "Neste documento, que possui caráter descritivo e orientativo, apresentam-se a visão da Área para temas como: (a) o estado-da-arte da Área e seus programas; (b) a visão da Área sobre planejamento e autoavaliação; (c) a inserção social dos programas; (d) a questão da internacionalização dos programas; (e) o exame das assimetrias e desigualdades regionais e dentro das unidades federadas; (g) as orientações da Área sobre temas como fusão, fragmentação e migração de PPGs; cursos na modalidade à distância; cursos na modalidade profissional (especialmente o nível de doutorado); medidas de indução de interação com a educação básica ou outros setores da sociedade; as formas associativas e os mecanismos de solidariedade" (BRASIL, 2019a, p. 3).

com uma perspectiva de aplicação das pesquisas em contextos sociais específicos (BRASIL, 2019a, p. 16).

Já na segunda parte, "Considerações sobre o futuro da Área", são trazidas as perspectivas da CAPES sobre as futuras avaliações e sobre as expectativas quanto à atual avaliação. Logo nos primeiros parágrafos, o documento expressa que, após o último ciclo avaliativo, houve "uma valorização maior das publicações em periódicos. Essa orientação deve-se manter, conquanto a produção em livros seja característica da Área e mereça ser também apreciada adequadamente" (BRASIL, 2019a, p. 14). Destacamos que em nenhuma das partes do documento e em nenhum dos seus diversos itens se mencionou a formação para a docência como diretriz da política geral da área do Direito.

No Relatório de Avaliação, outro documento elaborado pela CAPES, há um quesito bastante interessante que merece nosso destaque, qual seja, a "Eficiência do Programa na formação de mestres e doutores bolsistas: Tempo de formação de mestres e doutores e percentual de bolsistas titulados" (BRASIL, 2017a, p. 27). Esse documento associa a eficiência da formação de bolsistas em mestres e doutores à quantidade de meses em que esses estudantes defendem suas dissertações e teses. Não há, nesse quesito, por exemplo, nenhum critério relacionado à formação teórico-prática para a docência oferecida aos bolsistas. Dessa forma, segundo a CAPES, o respeito aos prazos para a conclusão dos cursos é o único critério utilizado para avaliar a "eficiência da formação de mestres e doutores bolsistas", e, consequentemente, para a classificação dos PPGDs em "muito bons", como se percebe a seguir:

> MUITO BOM é o Programa de Pós-Graduação com um tempo para a titulação de até 30 meses para o mestrado e 48 meses para o doutorado; BOM o Programa de Pós-Graduação com um tempo para a titulação de até 36 meses para o mestrado e até 52 meses para o doutorado. (BRASIL, 2017a, p. 27)

É evidente que a pesquisa ocupa um espaço de destaque na pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil, o que não significa que haja, como dito anteriormente, a produção de trabalhos de qualidade em todos os PPGDs do país.

Pela análise dos documentos oficiais da CAPES, instituição responsável pela avaliação dos PPGs, nota-se que a formação para a docência oferecida pelos cursos de mestrado e doutorado em Direito não passa pelo mesmo controle, fiscalização e incentivo que a pesquisa, uma vez que a avaliação dos PPGs se dá, sobretudo, em razão de um aspecto meramente formal, que, por sua vez, está bastante associado à quantidade de produção de docentes e discentes. Cabe, então, questionar-nos sobre o lugar da formação de professores nos cursos de mestrado e de doutorado, especialmente em Direito, foco desta análise.

Ainda no Relatório de Avaliação, é apresentado um panorama dos PPGDs no Brasil, bem como são destacados os critérios utilizados para avaliar os mestrados e doutorados como "muito bons", "bons", "regulares", "fracos" ou "insuficientes". O documento também é bastante

extenso, e, por si só, demandaria uma análise mais aprofundada em outro momento. Entretanto, considerando que buscamos analisar a formação para a docência oferecida nos PPGDs, destacamos o seguinte trecho, que trata da "coerência, consistência, abrangência e atualização das áreas de concentração, linhas de pesquisa, projetos em andamento e proposta curricular" (BRASIL, 2017a, p. 21). O documento considera:

> MUITO BOM o curso que demonstrar (1) articulação e coerência entre disciplinas, projetos de pesquisa, linhas de pesquisa e áreas de concentração; (2) consistência entre as linhas de pesquisa, que devem manter organicidade entre si e uma forte ligação com a área de concentração; (3) relevância da temática das disciplinas, dos projetos de pesquisa, das linhas de pesquisa e das áreas de concentração, evitando repetição dos tradicionais "ramos" do Direito, que desconsidera qualquer problematização ou especificação crítica e (4) atualização e relevância dos programas e bibliografias das disciplinas; (5) adequação dos títulos das disciplinas com suas ementas. Nos cursos com duas áreas de concentração, é imprescindível que haja pontos de contato que unam as áreas de concentração. Nos cursos com três ou mais áreas de concentração a proximidade entre áreas de concentração não é fator determinante para o conceito. Em todas as hipóteses devem ser observados os números mínimos de docentes por área de concentração e a consistência interna de cada área de concentração. (BRASIL, 2017a, p. 20)

O documento aborda "distribuição das atividades de pesquisa e de formação entre os docentes do programa", mas não detalha nem conceitua o que seriam "atividades de formação". Como se vê, há uma confusão semântica no próprio documento da CAPES, que não diferencia formação docente para discentes (cuja regulação estamos analisando) de formação continuada para docentes dos PPGDs. Com isso, observa-se que o critério utilizado para avaliar a qualidade dos cursos se constitui da participação de professores nessas "atividades de formação", isto é, baseia-se na formação continuada oferecida aos docentes dos PPGDs. Ressaltamos que, embora na avaliação dos PPGDs seja importante considerar a existência de mecanismos de aprimoramento de saberes, habilidades e técnicas pedagógicas para os professores em atividade, acreditamos que a falta de atenção da CAPES à formação de discentes para a docência aponta para a existência de um contrassenso: exatamente a instituição que deveria "estimular, mediante a concessão de bolsas de estudo, auxílios e outros mecanismos, a formação de recursos humanos altamente qualificados para a docência de grau superior [...]"[9] (BRASIL, 1992), deixa à deriva vários discentes dos PPGDs, principalmente, os "aspirantes a professor".

9 Texto do art. 1º, § 1º, inc. III, da Lei n. 8.405, de 8 de janeiro 1992, que institui como fundação pública a CAPES e deu outras providências.

Diga-se que, para a CAPES, é "MUITO BOM o programa no qual (1) a totalidade do Corpo Docente desenvolve atividades de pesquisa, orientação e formação no programa e (2) Docentes Colaboradores não assumam mais de 20% das orientações no Programa [...]" (BRASIL, 2017a, p. 24). A avaliação, portanto, leva em consideração o engajamento de professores dos programas em atividades de pesquisa, de orientação e de formação, e não a qualidade da formação oferecida aos alunos nesses cursos.

Tendo em vista esses documentos da CAPES, percebe-se que especialmente a pesquisa é tomada como elemento central para o desenvolvimento e aprimoramento acadêmicos nos PPGs, embora não se considere devidamente a dimensão qualitativa e o impacto da produção científica.

Observa-se que, a despeito de a lei incumbir à pós-graduação *stricto sensu* a função de preparar os professores para a docência no Ensino Superior, o documento de Área de Direito e o Relatório da CAPES não mencionam a formação de professores como objetivo dos cursos de mestrado e de doutorado. Fala-se em fomento e reconhecimento da pesquisa, em produção científica, em publicações, etc., mas se esquece de tratar do fomento à docência, de reconhecimento e de formação do profissional docente.

Uma vez que analisamos o modo como a CAPES avalia e afere a qualidade dos PPGDs do Brasil, passaremos, nos tópicos seguintes, à investigação de como os PPGDs da UNIFOR e da UFC regulam a formação oferecida em seus cursos de mestrado e de doutorado, com o fito, especialmente, de observar como cada uma dessas instituições regula, em suas políticas institucionais, a formação de professores. No tópico seguinte, analisaremos como se regula a formação de professores no PPGD-UNIFOR. Para tanto, examinaremos o seu RI e a Ficha de Avaliação Quadrienal (2017) da CAPES.

## 3. A formação de professores no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR (PPGD-UNIFOR)

A UNIFOR é uma IES privada, seu curso de mestrado em Direto Constitucional está em vigência desde o ano de 1999; e o de doutorado, desde 2007 (foi o primeiro curso de doutorado em Direito criado no estado do Ceará). Atualmente, a nota de avaliação da CAPES é 6 (BRASIL, 2017b). Vejamos, de antemão, o que diz o art. 3º do RI do PPGD-UNIFOR, que elenca os objetivos dos cursos de mestrado e de doutorado:

> *Art. 3º. É objetivo do Programa proporcionar formação científica ampla e aprofundada* no âmbito dos estudos jurídicos, devendo, para consecução de suas finalidades: I – *qualificar Professores, pesquisadores e outros profissionais*, com vista à capacitação de pessoal para a Universidade e outras instituições de ensino, pesquisa e extensão, *contribuindo para a formação de Docentes universitários; II– estimular e desenvolver atividades de pesquisa científica*; III – *contribuir para o ensino, pesquisa e extensão*, para conhecimento aprofundado dos problemas nacionais, com

> ênfase nas necessidades regionais; IV – *aperfeiçoar a formação de bacharéis, cientistas e profissionais do Direito*, com o objetivo de expandir qualitativamente a Ciência Jurídica e promover sua maior interação com a sociedade e os agentes jurídicos, contribuindo para a formação de recursos humanos especializados; e V – cooperar para a integração dos estudos jurídicos no processo de desenvolvimento social e econômico do país, em especial do estado do Ceará e da região Nordeste. (UNIFOR, 2018, p. 313, grifos nossos)

Pelo que se nota na análise do RI, a formação para a docência aparece como um dos objetivos do PPGD, o que mostra adequação ao que dispõe o art. 66 da LDB, o qual determina que a preparação para a docência far-se-á, prioritariamente, na pós-graduação *stricto sensu* (BRASIL, 1996). No entanto, faz-se necessário observar quais são os mecanismos institucionais destinados à implementação desses objetivos. Segundo o art. 29 do RI:

> Art. 29. Os cursos de mestrado e de doutorado deverão ter, respectivamente, no mínimo, 24 (vinte e quatro) e 48 (quarenta e oito) créditos em atividades de ensino e pesquisa. §1º Das 24 (vinte e quatro) unidades de créditos em disciplinas, exigidas para o mestrado, 12 (doze) serão obtidos dentre as disciplinas obrigatórias comuns, às duas áreas de concentração e dentre as específicas de cada área de concentração para qual o acadêmico foi aprovado. Os outros doze créditos (4 disciplinas) serão obtidos diante das disciplinas eletivas, escolhidas pelo acadêmico, mediante opinião do Professor Orientador e de iniciação à docência. Para o Doutorado são exigidos dos 48 (quarenta e oito) unidades de créditos, dos quais 12 (doze) são obtidas em disciplinas obrigatórias na área de concentração do acadêmico e 36 (trinta e seis) em disciplinas eletivas, assim em outras atividades previstas pelo Programa. (UNIFOR, 2018, p. 325-326)

Percebe-se que os estudantes devem, segundo esses dispositivos, cumprir uma carga horária mínima em disciplinas obrigatórias e optativas nos cursos de mestrado e de doutorado. No RI, estão elencadas todas as disciplinas, obrigatórias e optativas, que são distribuídas de acordo com as áreas de concentração.

As disciplinas obrigatórias para as duas áreas de concentração são "Epistemologia Jurídica" (3 créditos) e "Didática do Ensino Jurídico" (3 créditos).[10] A incorporação dessa última

10 A ementa da disciplina "Didática do Ensino jurídico" conta com os seguintes assuntos: "O ensino e o aprendizado do Direito. O que se ensina e o que se aprende. Métodos tradicionais de ensino e métodos participativos. Desenvolvimento de habilidades próprias dos juristas mediante uso de instrumentos apropriados em sala de aula. Avaliação do Aprendizado. Perspectivas, instrumentos e modalidades de Avaliação. Instrumentos de apoio tradicionais e avançados (tecnologia)" (UNIFOR, 2018, p. 196). A ementa prevê assuntos relevantes da formação do professor para os cursos de Direito, como os processos de ensino

disciplina ao conjunto das disciplinas obrigatórias representa uma significativa mudança, pois ela não era obrigatória no período em que fora realizada a penúltima avaliação da CAPES, em 2013 (BRASIL, 2013). Quanto às disciplinas optativas,[11] o art. 33, §1º, do RI apenas

> e aprendizagem e de avaliação. No entanto, também contempla assuntos pouco ou de forma nenhuma relacionados à formação pedagógica de profissionais para o magistério superior. Hegeto (2019, p. 102) lembra que a disciplina de Didática tem como escopo "proporcionar ao aluno o estudo sobre os elementos do ensino (temas clássicos da Didática) e sobre o processo ensino aprendizagem". Com essa visão, a expectativa dessa disciplina, especificamente para o ensino jurídico, leva-nos a pensar que a tônica deveria ser a da pesquisa, dos estudos e da prática sobre o processo de ensino e aprendizagem dos conteúdos ensinados na área específica. Nesse sentido, o escopo da disciplina não deveria ser formar um jurista, tampouco um *coach*, mas sim um professor, um profissional da docência em Direito que trabalharia, com base em sua formação científica e em sua prática pedagógica, com o processo de ensino e aprendizagem de futuros profissionais do campo jurídico. Entretanto, ao analisarmos os objetivos e o conteúdo programático, constatamos uma miscelânea de temas não explicitados na ementa, alguns ligados ao trabalho docente na Educação Superior e outros ligados ao trabalho do jurista e a atividades não acadêmicas, como a de *coaching*, em um formato de receituário. Quanto à metodologia de ensino, é mister esclarecer que a análise e a instrumentalização dos métodos são diferentes de "instrumento de apoio" e uso de recursos tecnológicos para o trabalho docente. Não há clareza quanto a uma metodologia de ensino específica para os cursos de Direito. Além disso, o documento aponta para um tema alienígena em uma disciplina de didática voltada para o ensino jurídico, a saber: "Desenvolvimento de habilidades próprias dos juristas mediante uso de instrumentos apropriados em sala de aula" (UNIFOR, 2018, p. 196). Quanto à bibliografia, registramos poucos títulos, dos quais cinco tratam de assuntos pertinentes à metodologia do ensino jurídico, mas não especificamente de didática do Ensino Superior, em publicações realizadas até 2014.

11 Estas são todas as 23 disciplinas optativas oferecidas pelo PPGD-UNIFOR: art. 29, §1º, inc. II – São específicas para a Área de Concentração de Direito Constitucional Público e Teoria Política, do Mestrado e Doutorado: a) Direitos e Garantias Fundamentais; b) Teoria da Democracia; c) Hermenêutica Constitucional; d) Teoria do Poder; e) Teoria da Justiça; f) Teoria Constitucional Tributária. III – São específicas para a Área de Concentração de Direito Constitucional nas Relações Privadas, do Mestrado e Doutorado: a) A proteção da personalidade na sociedade das incertezas; b) Autonomia e Direito Privado na Constituição; c) Dimensão funcional do Direito Civil: autonomia privada; contratos e propriedade; d) Direito das organizações empresariais; e) Relações negociais na Sociedade da Informação; f) Relações de trabalho e regulação g) Regulação, Econômica e Mercado IV – São disciplinas para as duas Áreas de Concentração de Direito Mestrado e Doutorado: Constituição Estado e Economia; Democratização e Controle do Poder Judiciário; Direito Ambiental: Sustentabilidade dos Recursos Hídricos; Direito Constitucional Comparado Latino-Americano; Direito dos danos na sociedade de risco; Teoria e Prática Contemporânea dos Direitos Culturais; Estrutura Constitucional do Estado Federal; Filosofia do Direito; Fundamentos Sociológicos do Direito e do Estado; Instituições de Direito Processual; Jurisdição Constitucional; Mediação e Arbitragem no Estado Democrático; Metodologia da pesquisa em Direito; Multiculturalismo e Direitos Humanos; Ordem Constitucional Econômica e Relações Internacionais; Pensamento Constitucional Brasileiro; Posse e Conflitos Agrários; Previdência privada complementar, riscos e seguros; Princípios Constitucionais da Administração Pública; Processo, Garantismo e estado Democrático de Direito; Seminários Especiais; Teoria da Constituição; e Teria Geral do Negócio Jurídico (UNIFOR, 2018, p. 326-327).

dispõe que "o aluno deve cursar pelo menos 50% (cinquenta por cento) das disciplinas eletivas integrantes da sua área de concentração" (UNIFOR, 2018, p. 328). Ademais, segundo outro dispositivo:

> Art. 32. São atividades obrigatórias para o Corpo Discente, independentes de atribuição de créditos, a participação em Grupos de Pesquisa credenciados junto ao Diretório de Grupos do CNPq, bem como em outras atividades didático-pedagógicas estabelecidas pela Coordenação do Programa. (UNIFOR, 2018, p. 328)[12]

Perceba que o RI do PPGD-UNIFOR, em seu art. 3º, estabeleceu como objetivo principal "proporcionar formação científica ampla e aprofundada no âmbito dos estudos jurídicos" (UNIFOR, 2018, p. 313) por meio também da qualificação e da formação de professores universitários. Ocorre que, pelo que se observa da análise desse documento, a formação para a docência não foi tratada do mesmo modo que a formação para a pesquisa, fato que confirma a preferência na pós-graduação *stricto sensu* em Direito, no Brasil, pela formação para a pesquisa em detrimento da formação para o ensino (OLIVEIRA, 2010). Há alguns elementos que fundamentam essa constatação.

O primeiro deles é a disposição das disciplinas. No mestrado, por exemplo, o estudante tem de cursar 24 créditos (equivalentes a oito disciplinas de três créditos cada); no doutorado, o estudante precisa cursar 48 créditos (equivalentes a 16 disciplinas de três créditos cada). No mestrado, são quatro disciplinas obrigatórias – cujos conteúdos são especialmente teórico-jurídicos –, e apenas uma delas é destinada à formação de professores.

Quanto às outras disciplinas, as optativas (quatro), pelo menos 50% delas, isto é, duas, devem ser correlatas à área de pesquisa do estudante. Em suma, o estudante de mestrado tem de, necessariamente, cursar do total de oito disciplinas de seu curso, pelo menos, seis referentes à sua área de concentração de pesquisa, enquanto as outras duas poderão ser escolhidas livremente entre as outras optativas.

Ressalta-se também que das 36 disciplinas ofertadas há apenas duas disciplinas referentes à discussão sobre a docência no Ensino Superior, a "Didática no Ensino Superior" (obrigatória) e "Estágio de Docência" (optativa). O RI dispõe sobre o Estágio de Docência em seus arts. 36 e 37:

12 Sublinhamos um aspecto interessante no PPGD-UNIFOR, que é a existência de um grupo de pesquisa chamado "Grupo de Estudos e Pesquisas: Ensino e Pesquisa no Direito (GEPEDI)", registrado desde 2014 no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil, do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

> Art. 36. *Os discentes do Programa beneficiários de bolsas fornecidas por órgãos de fomento à pesquisa deverão participar do Programa de Estágio de Docência* da UNIFOR, que se caracteriza pelo exercício de atividades didático-pedagógicas em disciplinas da graduação, sob a supervisão e avaliação, sempre que possível, dos seus respectivos orientadores, devendo obedecer aos critérios e procedimentos estabelecidos nas normas da UNIFOR e do órgão de fomento respectivo. (UNIFOR, 2018, p. 330-331, grifo nosso)

Esse dispositivo determina que os estudantes beneficiários de bolsa de agências de fomento à pesquisa devem participar de Estágio de Docência. Porém, há outro dispositivo que desobriga os estudantes que não recebem bolsa de participar da disciplina de Estágio de Docência. O art. 37, aliás, impõe restrições à participação dos estudantes que não são beneficiários de bolsas de agências financiadoras no componente curricular de Estágio de Docência:

> Art. 37. Os discentes do Programa que não são beneficiários de bolsas fornecidas por órgãos de fomento à pesquisa podem participar do Estágio de Docência, desde que atendam aos seguintes requisitos:
> I – obter a concordância do Orientador por escrito;
> II – não ter pendências financeiras e/ou acadêmicas com o Programa.
> Parágrafo Único – O Estágio de Docência conferirá ao Discente 3 (três) créditos por semestre e só poderá ser realizado em 1 (um) semestre para o Mestrado e em 2 (dois) semestres para o Doutorado. (UNIFOR, 2018, p. 330-331)

Portanto, há três requisitos que os estudantes não beneficiários de bolsa de incentivo à pesquisa devem preencher para poder cursar o Estágio de Docência: a) precisam obter a concordância do orientador, por escrito; b) não devem ter pendências financeiras com a IES; e c) não devem ter pendências acadêmicas com o programa. Observa-se, ainda, que o Estágio de Docência só pode ser realizado em, no máximo, um semestre pelos estudantes de mestrado; e em dois, pelos estudantes de doutorado.

Por fim, é importante destacar que não há, na Avaliação Quadrienal de 2017 (BRASIL, 2017b), nenhuma informação sobre a quantidade de egressos do programa que, atualmente, trabalham como professores. Contudo, na Ficha de Avaliação Trienal de 2013 foram levantados dados sobre os destinos profissionais dos estudantes do PPGD-UNIFOR. Segundo esse documento, em 2010, 60% dos egressos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito da UNIFOR atuavam como professores; em 2011, 42%; e, em 2012, 50% (BRASIL, 2013, p. 2).[13]

13 Quanto aos egressos do PPGD-UFC, a Ficha de Avaliação de 2017 (BRASIL, 2017b) não indica exatamente quantos ex-alunos atualmente são professores, apenas destaca que: "Desde a primeira turma de doutorandos

Os dados da Avaliação Trienal de 2013 apontam para o rumo seguido pela maioria dos estudantes que cursaram mestrado ou doutorado no PPGD-UNIFOR, os quais iniciaram ou continuaram a atuar profissionalmente como professores. Constatamos que muitos desses egressos, a despeito de terem outras ocupações/profissões e de terem cursado pós-graduação *stricto sensu,* cuja marca é o privilégio à formação para a pesquisa (OLIVEIRA, 2010), curiosamente direcionaram-se à atuação como professores universitários.

Vimos, neste tópico, como o PPGD-UNIFOR regula a formação para a docência em seus cursos de mestrado e doutorado; no tópico seguinte, iremos nos debruçar sobre o estudo dessa regulação no PPGD-UFC, analisando seu RI e a Ficha de Avaliação Quadrienal (2017) da CAPES.

## 4. A formação de professores no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD-UFC)

O curso de mestrado em Direito da UFC está em vigência desde o ano de 1977 (é o mais antigo do estado do Ceará); e o de doutorado, desde 2011. Atualmente, sua nota de avaliação da CAPES é 4 (BRASIL, 2017c). O art. 3º do RI do PPGD-UFC[14] enuncia que "é objetivo do Programa possibilitar a competência científica e profissional dos graduados, desenvolvendo e aprofundando aptidões para a pesquisa, o ensino e extensão e para as profissões qualificadas" (UFC, 2015, p. 1). Este dispositivo diz quais são os objetivos da pós-graduação *stricto sensu* sem fazer menção aos instrumentos a serem utilizados para a obtenção dos resultados, especialmente no que tange à formação para a docência.

em 2013, três egressos do programa foram aprovados em concursos públicos para professor da UFC e outros dois estão ministrando aulas em Cursos de Graduação de Universidades privadas. O programa de mestrado também já formou muitos professores, inclusive seu próprio coordenador. Além disso, concluíram seu mestrado na UFC ministros do STJ, juízes, procuradores da república e outros profissionais. Quanto a obras de relevância, deve-se destacar que a obra de um dos professores fundamentou a edição da Súmula Vinculante 24, do STF" (BRASIL, 2017b, p. 7).

14 Considerando que a pesquisa que originou este artigo se centrou na análise da regulação da formação de professores para o ensino do Direito entre os anos de 2017 e 2019, os RIs e os programas de disciplinas analisados foram aqueles que estavam em vigência no período. Em 21 de julho de 2020, o texto anterior do RI do PPGD-UFC (2015) foi ratificado. Em 3 de março de 2021, ano de publicação deste artigo, o Colegiado do PPGD da UFC aprovou algumas alterações na redação do regimento daquele programa, as quais, a propósito, não trouxeram mudanças significativas em relação à redação anterior do regimento analisado, permanecendo basicamente as mesmas orientações normativas em relação à formação docente. O RI do PPGD-UFC, datado de 21 de julho de 2020, com as alterações realizadas em 3 de março de 2021, está disponível em: https://ppgdireito.ufc.br/wp-content/uploads/2021/09/regimento-interno-ppgd-atualizado-03.03.2021.pdf. Acesso em: 13 nov. 2021.

Os arts. 4º e 5º do RI dispõem sobre a integralização curricular e estabelecem o tempo máximo de conclusão dos cursos:

> Art. 4º O Curso de Mestrado terá duração máxima de 24 (vinte e quatro) meses, excepcionalmente prorrogáveis por mais 03 (três) meses, pressupondo a integralização de, no mínimo, 30 (trinta) créditos, dos quais 06 (seis) referentes às atividades de dissertação.
> Art. 5º O Curso de Doutorado terá duração máxima de 48 (quarenta e oito) meses, excepcionalmente prorrogáveis por mais 06 (seis) meses, pressupondo a integralização de, no mínimo, 60 (sessenta) créditos, dos quais 12 (doze) referentes às atividades relativas à tese. (UFC, 2015, p. 1)

Esses dispositivos tratam da obrigatoriedade de os estudantes cursarem um número mínimo de créditos referente a atividades de pesquisa. As disciplinas são distribuídas em "disciplinas da área de concentração"[15] e em "disciplinas propedêuticas", segundo o art. 23 do RI[16] (UFC, 2015, p. 10-11). Ocorre, entretanto, que o texto do RI apresenta algumas contradições e lacunas, o que dificultou bastante sua compreensão. Por meio da análise de seu texto verificamos que todas as disciplinas teóricas – da "área de concentração" e das "propedêuticas" – são optativas, e que as únicas atividades obrigatórias para os estudantes de mestrado

15 O RI do PPGD-UFC dispõe sobre a área de concentração e sobre as linhas de pesquisa: "Art. 22. Os Cursos de Mestrado Acadêmico e Doutorado em Direito, com área de concentração em 'Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico', se desdobram em três linhas de pesquisa: Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, Ordem Constitucional, internacionalização e sustentabilidade e 'Relações Sociais e Pensamento Jurídico'" (UFC, 2015, p. 10).

16 Segundo o art. 23 do RI do PPGD-UFC, as disciplinas são divididas quanto à área de concentração e às disciplinas propedêuticas; "I – *Disciplinas Da Área De Concentração:* A) Teoria dos Direitos Fundamentais – 64h; B) Controle Social das Finanças Públicas – 64h; C) Direitos das Relações Internacionais e Contemporaneidade – 64h; D) Direitos Fundamentais do contribuinte – 64h; E) Direito Político na Ordem Constitucional – 64h; F) Direito Administrativo e a Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais – 64h; G) Ordem Jurídica e Econômica na Perspectiva dos Direitos Fundamentais - 64h; H) Teoria da Cidadania – 64h; I) Direitos da Personalidade – 64h; J) Direitos Sociais na perspectiva dos Direitos Sociais – 64h; K) Meio Ambiente, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais – 64h; L) Proteção Internacional do Meio Ambiente – 64h; M) História do Direito e do Pensamento Jurídico – 64h; N) Estudos do Imaginário Jurídico – 64h. *II – Disciplinas Da Área Propedêutica:* A) Filosofia do Direito – 64h; B) Sociologia do Direito e do Estado – 64h; C) Teoria Geral do Direito – 64h; D) Metodologia do Ensino Jurídico – 32h; E) Hermenêutica Constitucional – 32h; F) Pesq. Jurídica e Elaboração de Tese e Dissertação – 32h; G) Filosofia do Estado – 64h; H) Teoria da Argumentação – 32h; I) Epistemologia Jurídica – 64h" (UFC, 2015, p. 10-11, grifos nossos).

são o Seminário de Integração, a proficiência em um idioma estrangeiro, o Estágio de Docência I (com 64 horas), a qualificação e a dissertação. Já para os estudantes de doutorado, são os Estágios de Docência II e III (de 64 horas/aula cada), a proficiência em língua estrangeira, o Seminário de Integração, a qualificação de tese e a tese (UFC, 2015, p. 16-17).

Como se vê, a maior parte das atividades obrigatórias é destinada a atividades de pesquisa, e, de forma muito incipiente, direciona-se à formação pedagógica. O fato de os estágios de docência serem obrigatórios para alunos de mestrado e doutorado (independentemente de receberem bolsa ou não) aponta para uma característica relevante do PPGD-UFC. Entretanto, ainda assim, evidencia-se que há um descompasso entre a formação para a pesquisa e a formação para a docência oferecida nesse programa. Isso porque a única disciplina teórica oferecida – optativa, aliás – que é referente à formação de professores é a de "Metodologia do Ensino Jurídico",[17] que conta apenas com 32 horas/aula (dois créditos), diferentemente das outras disciplinas teóricas, que têm, cada uma, 64 horas/aula (quatro créditos). Ademais, como se trata de uma disciplina optativa, os estudantes podem realizá-la ou não. Com isso, a despeito de os estágios de docência serem obrigatórios no PPGD-UFC, há, na prática, uma sobreposição dos saberes técnicos e da experiência sobre os saberes pedagógicos,[18] uma vez que os estudantes podem realizar essas atividades práticas, sem, sequer, terem passado por um processo de formação elementar para o exercício da profissão de professor.

17 No período de realização de nossa pesquisa, inexistiam informações detalhadas sobre as disciplinas no *site* do PPGD-UFC. No que tange à disciplina "Metodologia do Ensino Jurídico", havia apenas a lista das referências bibliográficas e uma ementa de que constam os temas a serem abordados durante o curso, que são: "A visão interdisciplinar e sistêmica do Direito. Problemas curriculares. Patologia do Ensino Jurídico e as tentativas de renovação. Os ideais de mutação da didática Jurídica diante de um novo contexto sociocultural e do processo de desenvolvimento. Aspectos didáticos do ensino jurídico" (UFC, 2020). Nesse documento, não há detalhes sobre a metodologia empregada nem sobre os conteúdos abordados, o que dificulta sua análise. Quanto à bibliografia, percebemos que seus títulos mais atuais são publicações do ano de 2008, não havendo uma atualização de estudos e pesquisas sobre formação de professores e ensino do Direito nos últimos 13 anos, período em que houve expressivo crescimento da Educação Superior, notadamente privada (BRASIL, 2019b), e dos cursos de Direito no Brasil (BRASIL, 2019a). Contudo, diferentemente da disciplina de "Didática do Ensino Jurídico" do PPGD-UNIFOR, essa disciplina do PPGD-UFC traz autores relevantes do campo da Educação, como Paulo Freire, Noam Chomsky, Jean Piaget, José Carlos Libâneo, Cipriano Carlos Luckesi, Ilma Passos Veiga, Maria Isabel da Cunha, Marco Antonio Moreira, etc. (UFC, 2015). A ementa verificada estava disponível em: http://www.ppgdireito.ufc.br/public_html/index.php/grade-curricular/112-metodologia-do-ensino-juridico-02-creditos-32h-a. Acesso em: 19 set. 2020. Após a aprovação deste artigo para publicação, a referida ementa foi alterada, estando disponível em: https://ppgdireito.ufc.br/pt/disciplinas/grade-curricular/dbp7200-metodologia-do-ensino-juridico-32h-optativa/. Acesso em: 13 nov. 2021.

18 Sobre isso, cabe lembrar o trabalho de Guimarães (2008, p. 128). Em sua pesquisa com professores de Direito em uma instituição privada no Distrito Federal, a autora chegou à conclusão de que, no processo de construção dos saberes referentes à prática docente, os saberes da experiência e os saberes disciplinares sobrepujavam o saber pedagógico.

Embora a disciplina de estágio docente possibilite articular teoria e prática, "há que se atentar para o fato de que um bom teórico nem sempre é um bom professor; essas duas realidades precisam coexistir, e não ser entendidas como polaridades" (JOAQUIM, VILLAS BOAS e CARRIERI, 2013, p. 263). Além disso, há outro elemento que precisa ser destacado, sobretudo, quando falamos dos cursos de Direito e de outros cursos que só existem na modalidade de bacharelado, a saber:

> […] a maior parte dos pós-graduandos são [*sic*] bacharéis e não possui nenhum tipo de formação em licenciatura. Por isso, a formação desses professores merece um maior cuidado, uma vez que o estágio, muitas vezes, é a única alternativa oferecida a eles para a construção de uma postura didática diante de uma turma de alunos. (JOAQUIM, VILLAS BOAS e CARRIERI, 2013, p 363)

Essa observação é bastante relevante porque, diferentemente das licenciaturas e dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* em Educação, em que a discussão teórica sobre Didática é inerente à formação oferecida aos alunos, nos cursos de Direito, tal discussão não lhe é familiar.

Registra-se, ainda, que, como observamos em outra oportunidade de pesquisa, nos cursos de Direito, "muitos professores das disciplinas técnicas são pessoas que também exercem atividades técnico-jurídicas (magistratura, advocacia, etc.), e, na maioria das vezes, se identificam muito menos com a profissão de professor que com as outras profissões do campo jurídico" (ANGELO e FORTE, 2016, p. 8), fato que dificulta os processos de *profissionalização* (WEBER, 2007) e de *construção identitária profissional docente* (DOTTA, LOPES e GIOVANNI, 2011).

Nota-se que, no PPGD-UFC, a escolha das disciplinas é feita em razão da sua adequação à pesquisa realizada pelo estudante na pós-graduação; enquanto a preparação teórico-metodológica para o exercício da docência depende, sobretudo, de um interesse pessoal em se tornar professor.

Constata-se, novamente, que, de modo geral, a formação de professores nos cursos de pós-graduação *stricto sensu* ocorre facultativamente, haja vista que a formação para a pesquisa é composta de disciplinas e atividades obrigatórias, enquanto a formação para a docência é permeada por uma concepção voluntarista, que faculta ao estudante escolher se quer ou não se formar professor, fato confirmado por nossa análise dos documentos da CAPES e dos RIs dos dois PPGDs. Assim, os programas de pós-graduação, "predominantemente, são portadores de propostas identitárias voltadas à pesquisa" (DOTTA, LOPES e GIOVANNI, 2011, p. 588). Uma das consequências da lacuna existente quanto à formação pedagógica é o despreparo para o exercício da docência, corroborando o fato de que:

> Na maioria das instituições de ensino superior, incluindo as universidades, embora seus professores possuam experiência significativa e mesmo anos de estudo em suas áreas

> específicas, predomina o despreparo e até um desconhecimento científico do que seja o processo de ensino e aprendizagem, pelo qual passam a ser responsáveis a partir do instante em que ingressam na sala de aula. (PIMENTA e ANASTASIOU, 2010, p. 37)

Dessa forma, ingressando na sala de aula sem embasamento teórico e prático sobre a docência, levando apenas os *saberes da experiência* (THERRIEN, 2002; TARDIF, 2010), "os professores recebem ementas prontas, planejam individual e solitariamente, e é nesta condição – individual e solitariamente – que devem se responsabilizar pela docência exercida" (PIMENTA e ANASTASIOU, 2010, p. 37).

## Considerações finais

Iniciamos este artigo analisando alguns dispositivos da LDB. Vimos que, a despeito de falar sobre a "preparação" de docentes do Ensino Superior na pós-graduação, o seu conteúdo regulatório é ínfimo, não estabelecendo efetivamente diretrizes concernentes à docência no Ensino Superior. Em seguida, examinamos documentos da CAPES que avaliam os cursos de mestrado e de doutorado em Direito, e percebemos que, no que tange aos critérios dessas avaliações, não é observada a formação docente oferecida nos PPGDs. Pelo contrário, o enfoque da avaliação da CAPES está, sobretudo, na averiguação da quantidade e da qualidade das pesquisas e das publicações dos professores e dos estudantes. As disciplinas dos programas de pós-graduação *stricto sensu*, aliás, são avaliadas segundo sua adequação às linhas de pesquisa e às áreas de concentração dos PPGDs.

Analisamos também os RIs dos PPGDs da UNIFOR e da UFC a fim de desvendar como é regulada a formação de professores oferecida aos estudantes. Em ambos os programas percebemos que há forte privilégio da pesquisa em detrimento da docência, o que se percebe pela existência de apenas uma disciplina teórica e uma disciplina prática referente à formação para a docência.

No PPGD-UNIFOR, os estudantes têm de cursar uma disciplina teórica relacionada à docência, mas lhes é facultado (salvo para os bolsistas) cursar uma disciplina prática, que lhes permita cotejar a teoria e a prática da sala de aula. No PPGD-UFC, os estudantes têm de cursar uma disciplina "prática" – que, muitas vezes, tem forma e conteúdo muito flexíveis –, sem que tenham tido nenhuma formação teórica prévia sobre a docência. Em ambos os casos, observa-se uma opcionalidade que pode levar a uma dissociação curricular entre teoria e prática do trabalho docente e a uma rarefeita relação formal entre pesquisa e formação docente.

O que há em comum entre esses dois contextos é um desequilíbrio e uma dissociação entre formação para a pesquisa e para a docência, e um deslocamento entre teoria e prática do trabalho docente. Evidentemente, as desarticulações entre pesquisa e docência têm níveis diferentes, a depender de cada um desses contextos. Porém, o caso do PPGD da UFC chama mais a

atenção pela não obrigatoriedade de nenhuma disciplina teórico-pedagógica e pela falta de estruturação e organização do modo de funcionamento dos Estágios de Docência. Com a análise dos RIs dos PPGDs da UNIFOR e da UFC, concluímos que, ainda que em medidas diferentes, a formação oferecida nesses programas é insuficiente para formar professores, pois se destina quase que exclusivamente à pesquisa, e pouco à reflexão e à prática da docência.

A insuficiência de formação para o trabalho docente nos dois programas analisados aponta para dois fatores estruturais: o primeiro, de ordem legal, decorrente do fato de a LDB não tratar a pós-graduação *stricto sensu* como espaço efetivo de formação de professores, inexistindo uma regulação específica sobre ela; e o segundo, e talvez o mais relevante, é de ordem político-institucional, e decorre dos parâmetros e critérios de avaliação da CAPES, que se baseiam quase que exclusivamente na formação de pesquisadores, privilegiando a produção em pesquisa e o número de publicações, independentemente da qualidade e do impacto dos trabalhos desenvolvidos.

Observamos que a formação de professores do Ensino Superior não tem o mesmo destaque nos documentos analisados que a formação de professores do Ensino Básico.

Mesmo que se leve em conta que os contextos da escola e da universidade são diferentes, e que, inclusive, cabe mais especificamente à Educação Superior a tarefa de produzir conhecimento novo e de formar profissionais de áreas científicas e tecnológicas diversificadas, as finalidades e os princípios que orientam a educação nacional são os mesmos para todos os níveis, de acordo com a LDB.[19]

Ademais, seja ensinando crianças, adolescentes e adultos nos ensinos Fundamental e Médio; seja ensinando adolescentes e adultos[20] no Ensino Superior, há um desafio comum com o qual professores têm de lidar: formar pessoas, mesmo que sejam ressalvadas as dife-

19 Vejamos o que dispõem esses artigos da LDB: "Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância; V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII – valorização do profissional da educação escolar; VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX – garantia de padrão de qualidade; X – valorização da experiência extraescolar; XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais; XII – consideração com a diversidade étnico-racial; XIII – garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida" (BRASIL, 1996).

20 Importante destacar que muitos estudantes ingressam nos cursos superiores a partir dos 17 anos, o que significa que os professores do Ensino Superior não lidam apenas com adultos, mas também com adolescentes recém-egressos do Ensino Médio.

rentes modalidades e níveis da educação nacional e suas distintas funções. Como constatamos, no caso do Ensino Superior, em vez de haver uma previsão precisa de uma "formação de professores", a norma fala de uma "preparação" no âmbito dos PPGs, que, pela regulação (in)existente, está sujeita à precariedade, sobretudo, em razão da dissociação entre pesquisa, ensino e extensão, e da sobreposição das atividades de pesquisa sobre as de formação docente de mestrandos(as) e doutorandos(as). Dessa forma, ser professor no Ensino Superior torna-se resultado "natural" do exercício da pesquisa, ou, ainda, se consideramos a realidade dos cursos de graduação em Direito, do exercício de profissões técnico-jurídicas.

A irrelevância atribuída à formação de professores do Ensino Superior, como já salientamos, decorre, em termos legais, do texto atual da LBD, e reverbera no modo como são elaboradas as políticas institucionais de avaliação dos cursos em que deveriam ser formados, ou melhor, "preparados", futuros professores. Como demonstramos, a CAPES, instituição responsável pela avaliação dos programas de pós-graduação *stricto sensu*, preza, sobretudo, pelo engajamento de docentes e discentes em atividades de pesquisa.[21] Consequentemente, os PPGs por ela avaliados buscam adequar-se aos critérios estabelecidos em suas Fichas de Avaliação e Documentos de Área. Com isso, a "relevância" atribuída à docência não decorre apenas da comparação das funções desenvolvidas por docentes em suas respectivas categorias de Ensino Básico ou Superior, mas, notadamente, dos dispositivos legais e das políticas institucionais que conferem tratamentos diferenciados e desiguais para a docência em diferentes contextos, dispensando maior atenção à formação para a docência na Educação Básica, e deixando a formação para a docência na Educação Superior à mercê das contingências.

21 A título de exemplo, destacamos a Portaria n. 105 da CAPES, de 25 de maio de 2017 (que aprovou o RI e criou departamentos, setores, etc. no âmbito da CAPES) (BRASIL, 2017d). Ao analisarmos seu conteúdo, observamos que se criou a Coordenação-Geral de Formação de Docentes da Educação Básica, em que se consideram duas dimensões da formação: a daqueles que já são professores (formação continuada) e a daqueles que estão em processo de formação para sê-lo (estudantes das licenciaturas). A inexistência de uma Coordenação de formação de docentes da Educação Superior no âmbito da CAPES nos chamou atenção e nos provocou bastante. Diante disso, perguntamos: por que não fora criada uma Coordenação de Formação de Docentes da Educação Superior? As respostas a esse questionamento, certamente, só seriam alcançadas adequadamente se empreendêssemos uma outra pesquisa, em que analisássemos as falas dos atores envolvidos na elaboração dessa política. De acordo com o art. 60 da Portaria n. 105/2017, o órgão interno da CAPES responsável pela pós-graduação *stricto sensu* é a Coordenação Geral de Avaliação e Acompanhamento da Pós-Graduação. Nesse artigo, estabeleceu-se a competência dessa Coordenação. Ao todo, são 13 incisos, mas em nenhum deles sequer se cita a locução "formação de professores". A despeito de o escopo deste trabalho não ser analisar esta Portaria, podemos afirmar que seu conteúdo corrobora o que identificamos nos documentos da CAPES analisados nesta pesquisa, a saber: do ponto de vista legal e político-institucional, há uma desvalorização da formação para a docência no Ensino Superior em detrimento da formação para a pesquisa.

Por fim, em razão dessa confluência de fatores, negligencia-se e invisibiliza-se a formação de professores para o Ensino Superior, o que acarreta a ausência de um preparo articulado entre pesquisa e formação docente e entre teoria e prática do trabalho docente, relações fundamentais ao exercício da profissão de professor, fato que compromete significativamente a *profissionalização* e a construção de *identidades docentes*, assim como a qualidade do ensino oferecido nos cursos de Direito no Brasil.

**AGRADECIMENTOS**

*Os autores agradecem pelo apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.*

## REFERÊNCIAS

ANGELO, Jordi Othon; FORTE, Joannes Paulus Silva. Os (difíceis) caminhos da formação de professores de Direito no Brasil. *Scientia*: Revista de Ensino, Pesquisa e Extensão, v. 3, n. 6, p. 1-19, 2016.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*: palavras em ação. Tradução Danilo Marcondes Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Documento de Área 2017*. Brasília: CAPES, 2019a.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). *Censo da Educação Superior 2018*: notas estatísticas. Brasília, 2019b.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Relatório de Avaliação 2017*. Brasília: CAPES, 2017a.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Ficha de Avaliação do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza*. Brasília: CAPES, 2017b.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Ficha de Avaliação do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*. Brasília, DF: CAPES, 2017c.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Portaria n. 105*, de 25 de maio de 2017. Aprova o Regimento Interno e torna público o Quadro Demonstrativo dos Cargo sem Comissão e das Funções de Confiança da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Brasília, DF, maio 2017. 2017d.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Ficha de Avaliação do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza*. Brasília: CAPES, 2013.

BRASIL. *Lei n. 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

BRASIL. *Lei n. 8.405*, de 9 de janeiro de 1992. Autoriza o Poder Executivo a instituir como fundação pública a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 jan. 1992.

CELLARD, André. A análise documental. *In*: POUPART, Jean *et al*. *A pesquisa qualitativa*: enfoques epistemológicos e metodológicos. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 295-316.

CORRÊA, Guilherme Torres; RIBEIRO, Victoria Maria Brant. A formação pedagógica no ensino superior e o papel da pós-graduação stricto sensu. *Educação e Pesquisa*, v. 39, n. 2, p. 319-334, 2013.

CUNHA, Maria Isabel da. O tema da formação de professores: trajetórias e tendências do campo na pesquisa e na ação. *Educação e Pesquisa*, n. 3, p. 609-625, 2013.

DEMO, Pedro. *Educar pela pesquisa*. 7. ed. Campinas: Autores Associados, 2005.

DOTTA, Leanete Thomas; LOPES, Amélia; GIOVANNI, Luciana Maria. Educação superior e formação de professores: o papel da investigação na constituição identitária profissional docente. *Perspectiva*, v. 29, n. 2, p. 561-594, 2011.

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). Núcleo de Metodologia de Ensino. Observatório do Ensino do Direito. *Relatório do Observatório do Ensino do Direito*. v. 1, n. 1, outubro, 2013. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_out_2013quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf. Acesso em: 20 abr. 2016.

FLICK, Uwe. Utilização de documentos como dados. *In*: FLICK, Uwe. *Introdução à pesquisa qualitativa*. 3. ed. Tradução Joyce Elias Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 230-237.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GAMBOA, Silvio Sanchéz. *Projetos de pesquisa, fundamentos lógicos*: a dialética entre perguntas e respostas. Chapecó: Argos, 2013. p. 41-127.

GAMBOA, Silvio Sanchéz. *Pesquisa em educação*: métodos e epistemologias. Chapecó: Argos, 2007.

GAMBOA, Silvio Sanchéz. A dialética na pesquisa em educação: elementos de contexto. *In*: FAZENDA, Ivani. *Metodologia da pesquisa educacional*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

GUIMARÃES, Júnia Gonçalves de Souza. *Os saberes docentes de bacharéis docentes de uma instituição superior privada do Distrito federal*. 2008. 146 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1773/1/2008_JuniaGoncalvesSouzaGuimaraes.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

HEGETO, Léia de Cássia Fernandes. A disciplina de didática nos cursos de formação de professores. *Formação Docente*, v. 11, n. 20, p. 89-108, 2019.

JOAQUIM, Nathália de Fátima; VILLAS BOAS, Ana Alice; CARRIERI, Alexandre de Pádua. Estágio docente: formação profissional, preparação para o ensino ou docência em caráter precário? *Educação e Pesquisa*, v. 39, n. 2, p. 351-365, 2013.

OLIVEIRA, Juliana Ferrari. *A formação dos professores dos cursos de Direito no Brasil:* a pós-graduação *stricto sensu*. 2010. 174 f. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/10236. Acesso em: 20 out. 2021.

PAIVA, Giovanni Silva. Recortes da formação docente da educação superior brasileira: aspectos pedagógicos, econômicos e cumprimento de requisitos legais. *Ensaio: avaliação e políticas públicas em Educação*, v. 18, n. 66, p. 157-174, 2010.

PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos. *Docência no ensino superior*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O direito educacional brasileiro e o exercício do magistério superior. *In*: COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (org.). *Proposições crítico-reflexivas sobre o direito à educação na sociedade contemporânea*. Maringá: IDDM, 2017. p. 349-366. (Coleção Caminhos Metodológicos do Direito).

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O exercício do magistério superior e o direito educacional brasileiro. *Sequência*, v. 30, n. 58, p. 35-46, jul. 2009.

SEVERINO, Antônio Joaquim. A docência no ensino superior: construindo e compartilhando o conhecimento. *Claretiano – Revista do Centro Universitário*, n. 4, p. 7-16, 2004.

SEVERINO, Antônio Joaquim. A pesquisa em educação: a abordagem crítico-dialética e suas implicações na formação do educador. *Contrapontos*, v. 1, n. 1, p. 11-22, 2001.

TARDIF, Maurice. *Saberes docentes e formação profissional*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

THERRIEN, Jacques. O saber do trabalho docente e a formação do professor. *In*: SHIGUNOV NETO, Alexandre; MACIEL, Lizete Shizue Bomura (org.). *Reflexões sobre a formação de professores*. Campinas: Papirus, 2002. p. 103-114.

TORRES, Alda Roberta; ALMEIDA, Maria Isabel de. Formação de professores e suas relações com a pedagogia para a educação superior. *Formação Docente*, v. 5, n. 9, p. 11-22, 2013.

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA (UNIFOR). Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD). *Regimento Interno do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional*. Fortaleza: UNIFOR, 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC). Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD). *Regimento Interno do Programa de Pós-graduação em Direito*. Fortaleza: UFC, 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC). Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD). *Regimento Interno do Programa de Pós-graduação em Direito*. Fortaleza: UFC, 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC). Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD). DBP7200 – Metodologia do Ensino Jurídico – 02 créditos – 32h/a. Disponível em: http://www.ppgdireito.ufc.br/public_html/index.php/grade-curricular/112-metodologia-do-ensino-juridico-02-creditos-32h-a. Acesso em: 19 jul. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC). Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD). DBP7200 – Metodologia do Ensino Jurídico – 02 créditos – 32h/a – Optativa. Disponível em: https://ppgdireito.ufc.br/pt/disciplinas/grade-curricular/dbp7200-metodologia-do-ensino-juridico-32h-optativa/. Acesso em: 13 nov. 2021.

VEIGA, Ilma Passos Alencastro. Formação de professores para a educação superior e a diversidade da docência. *Revista Diálogo Educacional*, v. 14, n. 42, p. 327-342, 2014.

WEBER, Silke. Formação docente e projetos de sociedade. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBPAE)*, v. 23, n. 2, p. 181-198, 2007.

**Como citar este artigo:**

ANGELO, Jordi Othon; FORTE, Joannes Paulus Silva. Regulação da formação de professores para o ensino do direito no Brasil: análise a partir de dois casos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2145. https://doi.org/10.1590/2317-6172202145

*Jordi Othon Angelo*

Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bolsista de Doutorado da CAPES/PROEX. Pesquisador do Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos (INCT-InEAC, subprojeto de pesquisa: "Concepções de Igualdade, Cidadania e Justiça em Perspectiva Comparada") da Universidade Federal Fluminense (UFF).

*jordiothon@gmail.com*

*Joannes Paulus Silva Forte*

Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Professor efetivo da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA-CE). Docente permanente do Mestrado Profissional de Sociologia em Rede Nacional (ProfSocio) da Universidade Federal do Ceará (UFC) – Associada UVA-CE.

*joannespaulus@virtual.ufc.br*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 24.09.2021
Aprovado: 27.09.2021

ARTIGO CONVIDADO

https://doi.org/10.1590/2317-6172202143

# Conceptualizing Abortion Lawfare

*CONCEITUAÇÃO DE "ABORTION LAWFARE"*

*Siri Gloppen*[1,2]

**Abstract**
Women's sexual and reproductive rights are politicized worldwide, with the most contentious right being the right to safe, legal abortion. In Latin America, where one stands on the issue of abortion has become a central identity marker; a salient issue in electoral mobilization, and a matter of coalition building and high politics. As a consequence, legalized contestation over abortion is raging across Latin America, and indeed much of the world. This article conceptualizes this as "abortion lawfare" and develops a framework for analyzing the complex dynamics and long-term, multi-sited strategies at play in the wars over abortion. The concept of lawfare – despite and, to some extent, because of its ideological uses and connotations – serves as a useful heuristic tool for grasping these dynamics, and the lawfare typology brings out the different facets of the phenomenon in terms of actors, strategies, and arenas and provides the basis for analyzing how, in any given context, actors face multiple and shifting opportunity structures. This, in turn, influences the strategies they pursue and what is achieved.

**Keywords**
Lawfare; abortion lawfare; lawfare typology; legal mobilization; politicization of abortion.

***Resumo***
*Os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres são politizados ao redor do mundo, e o direito ao aborto legal e seguro é o mais controverso. Na América Latina, o lugar que certa pessoa ocupa no debate sobre aborto se tornou um marcador central de identidade, uma questão importante na mobilização eleitoral e um elemento de construção de coalizões e de política. Como consequência, a contestação jurídica sobre aborto está ocorrendo em toda a América Latina e, na verdade, em grande parte do mundo. Este artigo conceitua isso como "*abortion lawfare*" e desenvolve uma abordagem para analisar a dinâmica complexa e as estratégias multilocalizadas de longo prazo em jogo nas guerras pelo aborto. O conceito de* lawfare *– apesar de e, em certa medida, por causa de seus usos e conotações ideológicas – serve como ferramenta heurística útil para compreender essas dinâmicas, e a tipologia de* lawfare *traz à tona as diferentes facetas do fenômeno em termos de atores, estratégias e arenas, além de fornecer a base para analisar como, em qualquer contexto, os atores enfrentam estruturas de oportunidades múltiplas e dinâmicas. Isso, por sua vez, influencia as estratégias que eles perseguem e os resultados que alcançam.*

***Palavras-chave***
Lawfare*; abortion lawfare; tipologia de* lawfare*; mobilização jurídica; politização do aborto.*

**1** University of Bergen, Centre on Law and Social Transformation, Bergen, Norway

**2** Chr. Michelsen Institute, Bergen, Norway
https://orcid.org/0000-0001-5745-8109

CC BY-NC

## Introduction

This article develops "abortion lawfare" as a framework for analyzing the legalized contestation over abortion that we are seeing across Latin America, and indeed much of the world. It lays out the concept of lawfare and argues that – despite and, to some extent, because of its ideological uses and connotations – the concept serves as a useful heuristic tool for grasping the complex dynamics and long-term, multi-sited strategies at play in the wars over abortion that rage on the continent. The lawfare typology brings out the different facets of the phenomenon in terms of actors, strategies, and arenas and provides the basis for analyzing how, in any given context, actors face multiple and shifting opportunity structures. This, in turn, influences the strategies they pursue and what is achieved.

Women's sexual and reproductive rights are politicized worldwide, with the most contentious right being the right to safe, legal abortion.[1] In Latin America, where one stands on the issue of abortion – whether one sees the right to abortion services as integral to a woman's right to health and autonomy, or as a violation of "the right to life from the moment of conception" – has become a central identity marker; a salient issue in electoral mobilization; and a matter of coalition building and high politics. Morally conservative, often religious, groups and political actors – frequently in alliance with right-wing populists – call for stricter abortion laws and policies and harsher punishment for those performing and seeking illegal abortions. Other strong voices, particularly among feminists and public health advocates, call for legalization and liberalization. Electoral and legislative politics are not the only institutional sites of struggle. The battles are taken to church, to school, to movie theaters, and to the streets. They are fought in bureaucracies, in hospitals, within the medical profession, and – a particular focus of this book – in a growing number of domestic and international courts and tribunals.[2] The abortion-related cases under adjudication are diverse, from

1 Reproductive and sexual rights span a broad field: one set of rights relates to *protection against gender-based violence* (including rape, domestic violence, femicide, hate crimes, and female genital mutilation); another to *sexual orientation* and *gender identity and expression*; and yet another to *reproductive rights*, of which abortion rights form a part. Reproductive rights rest on the recognition that all individuals and couples have the right to control and decide freely and responsibly on matters related to their sexuality and reproduction, including the number, spacing, and timing of their children – and to have the information and means to do so. Sexual and reproductive rights also include the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health (understood as a state of physical, mental, and social well-being in matters relating to the reproductive system and its functions and processes, including the ability to have a satisfying and safe sex life, the capability to reproduce, the freedom to decide if, when, and how often to do so, and access to appropriate sexual and reproductive health care services). See, e.g., United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (1992); International Conference on Population and Development (1994); Fourth World Conference on Women (1995); IPPF (2008); and *The Yogyakarta Principles* (2006).

2 For examples and analyses of pro- and anti-reproductive rights activism and litigation in Latin America, see, e.g., the special issue on abortion and human rights in *Health and Human Rights Journal* (v. 19, n. 1, 2017),

bold attempts by reproductive rights activists to decriminalize abortion or at least broaden the grounds on which abortion is legal, to more cautious attempts to enforce compliance with existing laws and secure access to abortion in cases falling within the existing permitted grounds. Anti-reproductive-choice groups have gone to court to, among other things, extend the right to conscientious objection, restrict the grounds on which abortion is permitted, and establish the principle that "life begins at conception." With the adjudication of contested sexual and reproductive rights cases, courts and treaty bodies are turned into sites in this heated political struggle. The term "lawfare" – a portmanteau of "law" and "warfare" – with its dual connotations of war and the use of legal tactics, aptly describes the phenomenon where rights, legislation, and litigation are strategic tools in a broader sociopolitical battle between organized, antagonistic groups.

The growth of abortion lawfare generally, and court-centered strategies particularly, raises difficult and urgent questions for scholars and practitioners: when and why do activists – especially those seeking to expand abortion rights, but also those fighting to restrict access to abortion – use courts as a site of contestation rather than, or in addition to, legislative bodies and other forms of mobilization? What do they gain and lose by judicializing the conflict? What determines the fate of abortion-related cases once they are in court? And what is at stake for the judiciary? Under which circumstances do court-centered strategies bring desired changes in the law and on the ground – and when do they increase the risks of triggering a backlash? To what extent are these processes influenced by variation in the social, political, and legal contexts? And how do they change over time?

This article clarifies the concept of lawfare and its utility as an analytical lens to understand the drivers, dynamics, and effects of the legalized battles over abortion rights. The first part lays out the lawfare concept and its different uses and facets and constructs a lawfare typology. The second part of the article constructs a dynamic framework for analyzing the conditions under which the different actors in contestations over abortion rights in Latin America pursue various forms of lawfare, and when they succeed.

## 1. The Genealogy of Lawfare

"Lawfare" is a relatively new but increasingly common term in both general use and the academic literature. A Google search in October 2020 returned 1.5 million hits for "lawfare."

including Yamin and Bergallo (2017); Machado and Alves Maciel (2017); Lemaitre and Sieder (2017). See also Peñas Defago and Morán Faúndes (2014); Gianella and Yamin (2018); Ruibal (2015); Ruibal and Fernandez Anderson (2020); Paine, Tamés Noriega, and Beltrán y Puga (2014). For an overview of the legal developments in the region, see Bergallo and Ramón Michel (2016).

This is up from 279,000 hits in 2016, 5,000 in 2010, and 70 in 2000. The academic literature reflects this rapidly upward trend. A search on Google Scholar in October 2020 gave 11,400 hits for "lawfare," of which only 581 date from before 2010. References to lawfare first appeared in the 1970s, and throughout its history the concept has been used in very different ways both by academics and in public debate.

The Lexico Oxford Dictionary defines "lawfare" as "[l]egal action undertaken as part of a hostile campaign against a country or group" (www.lexico.com/en/definition/lawfare). The term has often been used to criticize what is regarded as *misuse* of the law and courts for strategic reasons. This is reflected in the Wikipedia entry for the term, which states that lawfare "is the frivolous abuse of domestic or international law to damage and delegitimize an opponent, win a public relations victory, financially cripple an opponent, or tie up the opponent's time" (WIKIPEDIA, n.d.). This mirrors the position of Alan Dershowitz and others linked to the Lawfare Project, who, on the project's webpage, define lawfare as "the negative manipulation of international and national human rights laws to accomplish purposes other than, or contrary to, those for which they were originally enacted," with particular reference to nongovernmental organizations' use of international law to delegitimize Israel (LAWFARE PROJECT, n.d.; see also HERTZBERG, 2010). But this negatively charged and ideologically laden "human rights groups abusing the law" use of the term is only one of several lawfare concepts in the literature.

One of the earliest references to lawfare is that by John Carlson and Neville Yeomans, who in 1975 used the term to dismissively describe the utilitarian concept of law, fundamental to the adversarial system of trials, where the issue is not about searching for the truth but about winning "with words rather than swords" (CARLSON and YEOMANS, 1975). But the idea is much older. John Comaroff explains how, in eighteenth-century colonial South Africa, "Tswana-speaking peoples famous for their imagery of overrule, referred to the appurtenances of the law-courts, papers, contracts, agents-as 'the English mode of warfare'" (COMAROFF, 2001, citing MACKENZIE, 1887). From this notion, Comaroff constructs his initial concept of lawfare as "the effort to conquer and control indigenous peoples by the coercive use of legal means" (COMAROFF, 2001, p. 306).

In the international relations and public international law literature, the term lawfare is regularly used to denote strategies "using or misusing law as a substitute for traditional military means to achieve military objectives" (RABKIN, 2004). Relying on law rather than traditional military means is likely to reduce human suffering, yet there is a palpable skepticism or ambivalence in much of this literature toward the use of law as a tool of war. This is highlighted in debates on the war on terror. The strategic use of law by the US government (for example, in the context of Guantanamo) has been heavily criticized for engaging in lawfare – and even more anger is directed toward critics of this policy, who are accused of lawfare on behalf of terrorists by "political pundits who decry as 'lawfare' virtually any attempt to apply the rule of law to the conduct of the United States' war on terror" (WATERS, 2010, p. 327).

Major General Charles Dunlap, who is credited with coining the lawfare term within this field, insists on the legitimacy and importance of lawfare in war, but underscores that "lawfare is much like a tool or weapon that can be used properly in accordance with the higher virtues of the rule of law – or not. It all depends on who is wielding it, how they do it, and why" (DUNLAP JR., 2008, p. 148).

In the seminal volume *Law and Disorder in the Postcolony* (2001), Jean and John Comaroff use a broad conception of lawfare in their analysis of the use of law for political and economic ends: "the resort to legal instruments, to the violence inherent in the law, to commit acts of political coercion, even erasure" (COMAROFF and COMAROFF, 2008, p. 30). This includes the use of law and law enforcement by the state as a tool of repression, but also as a weapon of the weak:

> Lawfare can be limited or it can reduce people to "bare life". In some postcolonies, it has mutated into a deadly necropolitics with a rising bodycount [...]. But it always seeks to launder brute power in a wash of legitimacy, ethics, propriety. Sometimes it is put to work, as it was in many colonial contexts, to make new sorts of human subjects; sometimes it is the vehicle by which oligarchs seize the sinews of state to further their economic ends; *sometimes it is a weapon of the weak, turning authority back on itself by commissioning the sanction of the court to make claims for resources, recognition, voice, integrity, sovereignty*. But ultimately, it is neither the weak nor the meek nor the marginal who predominate in such things. It is those equipped to play most potently inside the dialectic of law and disorder. (COMAROFF and COMAROFF, 2008, p. 31, emphasis added)

In *Law and Disorder in the Postcolony*, the Comaroffs and their coauthors demonstrate how modern governance relies on rule by law and use the demarcation of *illegality* for the purposes of dominance, discipline, and dispossession. They give the example of Zimbabwe's policy of forced removals, justified by the illegality of the settlements, but they could as well have described contemporary treatment of illegal immigrants – or the criminalization of abortion to control women's sexuality and reproduction.

Concepts such as "guerrilla lawfare," "insurgent lawfare," and lawfare as "a weapon of the weak" are used approvingly in the literature to describe strategies by which the relatively powerless can make advances by using the law (see, e.g., RANGANATHAN, 2016, p. 292; CORDER and HOEXTER, 2017; TRIMBUR, 2020). Although the effect to which they do so is often questioned. The Comaroffs have described marginalized groups' engagement in "insurgent lawfare" to further their aims as a futile "Lilliputian strategy" on a turf where the ruling elite is likely to prevail (COMAROFF and COMAROFF, 2006). In a later work, they seem to have more faith in the potential of insurgent lawfare (COMAROFF and COMAROFF, 2009, p. 56). Yet it is important to keep in mind and heed their warning that lawfare, particularly lawfare by weak social groups, must always be analyzed against the background of legal conditions,

the force of the broader legal structure, and how lawfare dynamics and their effects are constrained by power relations in society.

Several scholars link the turn to law and litigation as the vehicle for political struggle "from below" to the growth of neoliberalism. Derrick Fay illustrates the ambiguous nature of this development by showing how neoliberal conservation policies constituting communities as legal entities have fostered "a turn to contract and law as the medium of relationships, conflicts and politics" (FAY, 2013, p. 170). But while neoliberal policies and the liberal constitutional state may enable lawfare, they also leave few other avenues for social mobilization and contestation by eroding the conditions for democratic politics through a "downsizing of the state, fragmentation of sovereignty and the formation of socially and economically heterogeneous networks of actors" (FAY, 2013, p. 170).

This quick survey of the literature shows, on the one hand, that lawfare is a controversial term that often has strong ideological connotations. Normatively and politically, lawfare is often criticized and rejected on various grounds: for some, the instrumental use of law for political ends is perceived as violating the sanctity of the law itself; others reject lawfare on political grounds for advancing the wrong aims; and yet others are skeptical of the utility of lawfare from below, dismissing it as a futile strategy and a product of the neoliberal capture of politics.

At the same time, there is broad agreement on the analytical core of the term. Across the different uses and criticisms, lawfare is understood as *the strategic use of rights, law, and litigation to advance contested political, social, and economic goals*. This analytical core can – and, I argue, should – be separated from the normative assessment of whether it is a good or bad thing. With its connotations of warfare, the lawfare concept is uniquely suited to analyze long-term, iterative struggles between different sides who play out ideological battles in multiple (legalized) arenas – and where their strategies and tactics are developed in response to shifting opportunity structures and the anticipated actions of their opponents.

## 2. The Lawfare Typology

When building lawfare as an analytical concept, a useful start is to distinguish between the different forms of legalized contestation that different actors pursue in various arenas. In the broadest sense, *any use of rights and law to advance a sociopolitical goal can constitute lawfare, provided that it forms part of a broader, hostile contestation between organized social interests*. Different types of lawfare are regularly employed by a variety of actors.

*State lawfare* can be undertaken by the executive branch for personal, political, or economic gain. It includes actions by the executive branch to undemocratically entrench its rule by the use of legalistic means (*autocratic lawfare*) – for example, by changing presidential term limits, electoral regulations, or other "rules of the game"; by using the power of appointment to place allies in courts and other important positions; or by obstructing the

opposition through the use of trumped-up or criminal charges or accusations, or strategically timed, selective prosecutions.[3] It also includes efforts to mobilize public support through legalized campaigns against "public enemies", typically socially or politically stigmatized population groups such as immigrants, indigenous peoples, Roma, homeless people, street vendors, sexual and gender minorities – and abortion seekers. These efforts may include the criminalization of poverty as a substitute for social policy, typically through laws against "illegal" settlements or livelihoods (such as begging, sex work, and street vending). It also – prominently and increasingly – includes the criminalization of abortion and reproductive health services, including contraception and comprehensive sex education.

Other state actors, including civil servants, may also engage in state lawfare, using their positions, competences, and discretionary powers to shape the implementation of laws and regulations in line with their partisan interests or ideological convictions (see, e.g., PETERS, 2002). In the context of abortion, this commonly includes obstructing the implementation of permissive abortion legislation by failing to put in place regulations or guidelines; allowing and encouraging conscientious objection; and imposing controls on abortion providers aimed at restraining or discouraging their work. On the other hand, pro-reproductive rights individuals within the civil service may use their discretionary powers to soften restrictive abortion laws and introduce permissive policies and practices.

*Lawfare politics* is employed by actors in political society (defined as such by their competition for political power, as opposed to civil society actors, who seek to influence policy and social change without aiming for political positions). Examples include opposition politicians' claims of unconstitutionality or illegality, as well as court actions challenging legislation and executive actions or seeking the impeachment or dismissal of key office holders. This type of lawfare also includes efforts to prevent particular candidates from being appointed to judicial or other key positions. Lawfare politics engaged in by the opposition is often reactive, responding to state lawfare targeting them or seeking to change the rules of the game, but it can also be proactive, using legal tactics to advance policy positions and to increase their chances of gaining power.

*Lawfare from below* is when civil society actors – such as social movements, nongovernmental organizations, churches, academics, corporations, and labor unions – use legal arenas and strategies such as litigation, rights-based lobbying, and rights talk in various social arenas in an attempt to secure policy change, profits, ideological hegemony, and social transformation. This type of lawfare frequently also includes alliances with international actors.

3 For a more in-depth discussion of autocratic lawfare as conceptualized here, see Gloppen (2017); Gloppen and Gerzso (forthcoming). See also Scheppele (2018); and Popova (2018).

The various actors potentially engaging in lawfare in a given context are represented in the leftmost column of Table 1 below. Furthermore, as the first row of the table illustrates, lawfare can be pursued across a range of different domains or sites, and within each site different actors may engage in a repertoire of strategies and tactics, as indicated in the various cells.

*The legislative arena* is an important site of lawfare, both by way of legislation and through constitutional reform. In the context of abortion, common legislative lawfare strategies include civil society actors' efforts to lobby and build alliances with political representatives to adopt more liberal (or restrictive) abortion laws, or to introduce (or remove) constitutional provisions protecting "life from the moment of conception".

The *bureaucracy and public service* is the site of diverse administrative lawfare strategies aiming to influence the interpretation and implementation of legislation and regulatory provisions. Governments can do this through a range of strategies, including issuing executive orders or new regulations and guidelines or by defunding, marginalizing, or discrediting cumbersome agencies or staffing them with more like-minded personnel.[4] Civil society activists typically engage in more low-profile, but often highly consequential, efforts to build alliances with like-minded people in the public administration (see, e.g., RUIBAL, 2014). This can, for example, involve collaboration on policies and guidelines for the implementation of exceptions to restrictive abortion laws. Both progressive and conservative activists are also engaged in efforts to train and "sensitize" actors at various levels of the public service, including the police, hospitals, and universities, which also shape how laws are interpreted and implemented. In the context of abortion, this is an important battlefield, for example with regard to conscientious objection by doctors and nurses, which often prevents the delivery of abortion services even where it is *prima facie* permitted.

*The judicial arena* is the focus of court-centered lawfare strategies. These take two main forms. The first and most common is to bring cases before courts (and other legal and quasi-legal bodies at the domestic and international levels). This is similar to lawfare in the administrative arena in that it seeks to trigger change by working from within the existing law, aiming to change its interpretation and enforcement. Courts are different, however, in that they have the power to issue authoritative interpretations of statutes, constitutional provisions, and international treaties, and give (in theory) binding orders regarding their application and enforcement. Many higher courts can also strike down statutes for unconstitutionality, and read new provisions into existing laws, which gives them substantive lawmaking powers. While actors from across the spectrum can and do take cases to court, the government generally has greater ability to use criminal law as a lawfare tool against political

4 For an illustration of such tactics, see Prado (2020).

opponents and as a campaign strategy, including in the field of sexual and reproductive rights. The second type of judicial lawfare includes battles over the courts themselves, with different types of actors seeking to influence the jurisprudence of legal bodies through judicial training, judicial appointments, and so forth. While governments, again, have the greatest opportunity to influence the composition and ideological orientation of the courts, civil society actors, including academic institutions and transnational professional bodies and activist organizations, can also exert influence through various forms of training and judicial dialogues.

*Societal lawfare strategies* seek to change social discourses, norms, and behaviors in less institutionalized ways, including through various forms of "rights talk" in media campaigns, curriculum development, street protests, art, advocacy, education and training, and other awareness-raising strategies to change legal consciousness.

This broad lawfare typology, summarized in Table 1, brings out the various facets of the law; the many sites where legal norms are made, changed, and used; and the different legal strategies and tactics that may serve as alternate and complementary avenues for social actors seeking to transform society in different directions.

By differentiating the various actors potentially engaging in lawfare and the multiplicity of arenas and strategies they might employ, the typology opens up the analytical field, enabling a mapping of which actors engage in particular forms of lawfare and how this varies between geographical and sociopolitical contexts, issue areas, and, not least, over time. As noted earlier, the time dimension is crucial when analyzing lawfare processes, and the typology can also be used for longitudinal analysis, tracking the routes of significant actors over the map, and their interplay over iterative rounds of battle.

TABLE 1 – **THE LAWFARE TYPOLOGY**

| ARENA ACTORS | LEGISLATIVE | ADMINISTRATIVE | JUDICIAL | SOCIETAL |
|---|---|---|---|---|
| **GOVERNMENT AND STATE ACTORS** (INCLUDING PUBLIC SERVANTS) | WEAPONIZATION OF<br>• CONSTITUTIONAL REFORM PROPOSALS<br>• LEGISLATION<br>• EXECUTIVE ORDERS | WEAPONIZATION OF<br>• REGULATIONS AND GUIDELINES<br>• POLICY<br>• INTERPRETATION<br>• CONSCIENTIOUS OBJECTION | • SELECTIVE PROSECUTION<br>• STRATEGIC APPEALS<br>• STRATEGIC JUDICIAL APPOINTMENTS<br>• STRATEGIC ALTERATION OF JURISDICTIONS, TERMS, AND CONDITIONS | WEAPONIZATION OF<br>• PUBLIC INFORMATION<br>• CURRICULUM DEVELOPMENT |
| **POLITICAL ACTORS** (ELECTED POLITICIANS, CANDIDATES, PARTIES) | WEAPONIZATION OF<br>• CONSTITUTION-MAKING<br>• LAWMAKING | RIGHTS AND (IL)LEGALITY ARGUMENTS REGARDING<br>• POLICY<br>• IMPLEMENTATION | • CONSTITUTIONALITY TESTING<br>• JUDICIAL REVIEW<br>• LITIGATION<br>• JUDICIAL CONFIRMATIONS | RIGHTS AND (IL)LEGALITY TALK IN<br>• ELECTORAL CAMPAIGNS<br>• PUBLIC STATEMENTS |
| **CIVIL SOCIETY ACTORS** (ACTIVISTS CHURCHES, ACADEMIA, BUSINESSES) | RIGHTS AND (IL)LEGALITY ARGUMENTS IN LOBBYING OF<br>• GOVERNMENT<br>• POLITICAL ACTORS | RIGHTS AND (IL)LEGALITY ARGUMENTS IN<br>• INPUT TO POLICY DEVELOPMENT, REGULATIONS, AND GUIDELINES<br>• TRAINING OF PUBLIC SERVANTS, (POLICE MEDICAL STAFF) | • STRATEGIC LITIGATION<br>- DOMESTIC COURTS<br>- INTERNATIONAL COURTS<br>- QUASI-JUDICIAL BODIES<br>- THREATENED LITIGATION<br>• TRAINING AND SENSITIZATION OF JUDGES | RIGHTS AND (IL)LEGALITY TALK IN<br>• ADVOCACY<br>• CIVIC EDUCATION<br>• MEDIA<br>• DEMONSTRATIONS<br>• ART |

Source: Author.

## 3. ACTORS' CHOICE SITUATION AND OPPORTUNITY STRUCTURE

After establishing the lawfare typology, the next step is to add a framework for analyzing the opportunities for action that, in a given context and time, are open to actors with a particular social or political agenda. This facilitates further analysis of why and when actors engage in particular forms of lawfare. It also provides a tool for understanding how different actors' lawfare strategies trigger and influence one another across the field (within and

across countries), as actors on opposing sides develop their strategies and tactics in these iterative processes, often with long-term time horizons.

The framework for analyzing the factors that influence actors' choice of strategies and tactics at a given point in time is illustrated in Figure 1. This framework consists of two parts. The first one is their *choice situation* – illustrated by the oblong circle at the center of the figure – that is, the actors' epistemological and normative embeddedness that shapes their outlook on the world, their goals, and their perceived opportunities for action (both what is seen as factually possible and as normatively acceptable). The second aspect of the framework is actors' *opportunity structure*, which is the sum of external factors bearing on the actors' decisions, seen in terms of resources and barriers.[5]

When analyzing actors' strategic choices, the first step – analytically, if not in practice – is to establish their short- and long-term *goals*. In the case of abortion battles in Latin America, these can be goals related to the issue itself (to expand access to – or totally prohibit – abortion), as well as unrelated aims (related to competition for political power, votes, political alliances; religious hegemony; institutional survival and advancement; personal prestige; and so forth).

The second step is to establish how actors' decisions are influenced by (perceived) *barriers* that may prevent them from reaching their goals. For abortion activist, for example, these barriers can be *political* (e.g., hostile government, lack of electoral support for abortion reform, or an unresponsive political system). They may also be bureaucratic or *administrative* (e.g., civil servants who interpret the law in detrimental ways, or health personnel and institutions declining to follow the law due to conscientious objection). In addition, the *legal* system may present barriers (e.g., laws that criminalize abortion, a judiciary with a conservative or religiously imbued legal culture, or a high threshold for access to the courts that makes legal mobilization difficult or expensive). Or there may be *social and cultural* barriers (e.g., bias and censorship in the media, or religious or traditional norms in society relating to gender and sexuality) that influence public opinion and discourses and may present serious obstacles to changes in abortion laws and practices.

The observant reader will have noticed that the discussion of barriers mirrors the sites of action in the lawfare typology (political/legislative; bureaucratic/administrative; legal; and societal/sociocultural). This is no coincidence, since the opportunity-structure framework describes the underlying conditions and driving forces that, in different constellations, produce the patterns of action that make up the lawfare typology.

Social norms also form part of political, administrative, and legal barriers, particularly for institutionally embedded actors. Within the health system, changes in abortion laws may run

5 The opportunity structure framework as developed here builds on Gloppen (2015).

counter to professional norms for acceptable behavior among doctors and nurses, and judges who get abortion-related cases on their table have to negotiate them in the context of what is regarded as good judging within the relevant professional legal culture (as well as how it will influence their social and family life). For activists seeking social change, the norms of such other actors are important external barriers – though their own norms can also serve as internal impediments against forms of action that may be desirable based on effectiveness considerations (that is, according to a *logic of consequence*) but that run against what the actors see as normatively permissible (according to a *logic of appropriateness*). Since lawfare is defined as the use of legal strategies in pursuit of contested sociopolitical goals, normative barriers are always salient, and *actors with an opposite agenda* are important barriers to achieving the goal (for example, the liberalization of abortion laws). In Figure 1, (potential) *adversaries* (domestic and international) are illustrated as black dots, forming part of the different aspects of the opportunity structure and differing in size according to the strength of the challenge they pose.

The analysis of the barriers present in different parts of relevant actors' opportunity structures is interlinked with an analysis of the *resources* they have or can mobilize that allow them to potentially overcome the various barriers, and the extent to which these resources are better suited to certain strategies. Resources – such as legal and other relevant expertise, money, access to the media, political influence, and normative support for their case in public opinion or with particular groups – can reside with the actors themselves or can be acquired through domestic or international alliances. In Figure 1, (potential) allies that are relevant to each aspect of the opportunity structure are illustrated as white dots, with the size of the dot illustrating their importance. Actors' assessment of the value of their resources for particular forms of action may also depend on what they know or assume about the arsenal of resources available to the other side. In this context, understanding their opponents' goals, strengths, and weaknesses, as well as being able to predict their strategies, are central resources.

Actors' choice of strategy is also closely related to their perception of the *potential effects* of available strategies (referred to above as considerations based on a *logic of consequence*). The types of effects that are most relevant to the actors depend on the nature of their goals, but it is important to note that in contestations over abortion, *material changes* in access to safe abortions may not be what matters most to the contestants. Particularly in economically developed societies with relatively well-functioning health systems, maternal morbidity and mortality may be low, and women may generally be able to access safe abortions, even with restrictive laws. What matters most to the contestants in the battles over changes in abortion laws and policies may here be what is often termed *ideational* or *symbolic effects*. These include changes in how society (and the state) regards women's autonomy and right to bodily integrity in relation to pregnancy, or women's personhood in relation to fetal development.

In many contexts, including Latin America, abortion battles are as much about the direct and indirect *political effects* – expansion of religious influence, political leverage and alliances, electoral gains, and, ultimately, regime change – as they are about the abortion issue itself.

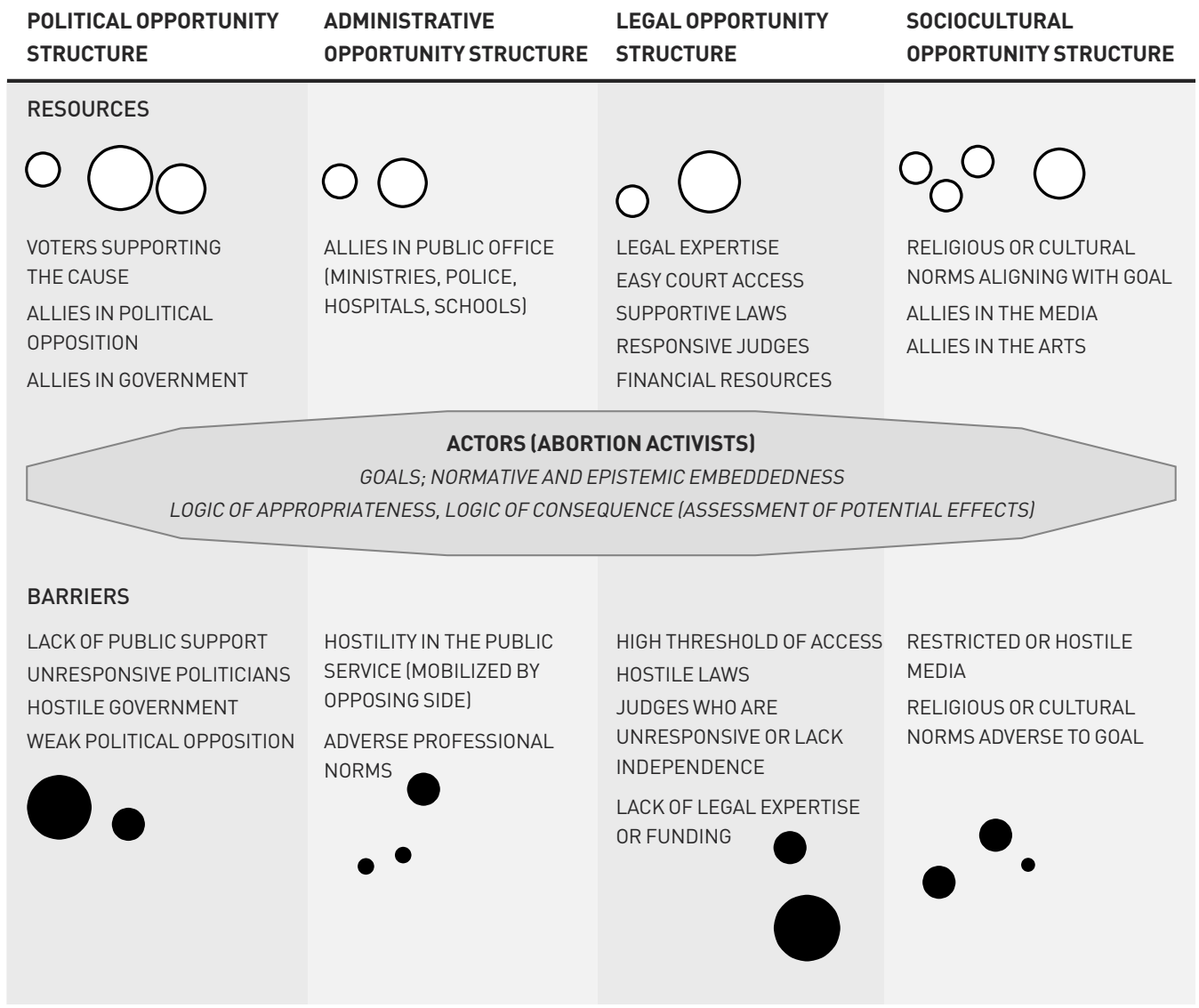
Adverse political effects – that is, possibilities for triggering organized resistance and *backlash* (setbacks rendering the situation materially worse) – may also feature in the calculations that are based, among other things, on previous experience and assumptions about how opponents will react and what they will achieve given their opportunity structures.

When considering the potential for material advances (in policies, access to abortion services, or abortion figures), actors are likely to assess the likelihood of success in getting a decision in their favor in legal and political bodies, as well as the institutional capacity of the relevant institutions to translate the decision into policy reform and on-the-ground change. Relevant considerations here include the authority of courts vis-à-vis policymakers, and the political will and implementing capacity of the government.

In any given context, actors' decisions regarding which strategies and tactics to pursue are determined by their goals; how they perceive the constellation of barriers and resources in different parts of their opportunity structure; and their expectations regarding which strategies are more feasible and effective – given the resources and (anticipated) actions of the opposing side.

The nature and weight of the different factors vary between actors and over time, and the opportunity structure framework, illustrated in Figure 1, helps conceptualize the dynamic and multidimensional nature of the choice contexts in which decisions regarding abortion lawfare strategies are made. In general, actors' strategies and tactics will depend on the balance of barriers and resources in different domains. Actors whose political resources outweigh the political barriers are more likely to pursue a legislative strategy for abortion reform, while those with strong legal expertise – or who have few political resources or allies – may opt for a court-centered strategy, even if the legal opportunity structure is not particularly promising.

FIGURE 1 – **THE OPPORTUNITY STRUCTURE FRAMEWORK**




Source: Author.

## CONCLUSION

The opportunity structure framework, combined with the lawfare typology, is useful for bringing out patterns in Latin American abortion battles by showing how actors on different sides are actively engaging in legal strategies but tend to pursue different paths. It also enables an analysis of how activists influence one another's tactics and choices. While trajectories differ between countries, a common pattern emerging from the chapters in this volume is that activists working to liberalize abortion laws have been more court-centered in their strategies than conservative activists, who have pursued primarily legislative strategies to restrict abortion laws and to counter liberal gains, often bolstered by church-led societal strategies. However, over time, strategies have changed and broadened on both sides. Conservative actors have started engaging in court-centered strategies (for example, to strengthen the scope of conscientious objection and thus restrict practical access to legal abortion services), and the pro-abortion side is taking on legislative strategies (both pushing

for liberal abortion laws and engaging in lower-level development of guidelines and regulations to ensure that legal gains are effectively translated into access to abortion services on the ground).

The joint lawfare typology and opportunity structure framework can thus contribute toward an understanding of why actors in a given context choose particular paths of action in their abortion struggles, and what makes them more or less successful in doing so. The framework also allows for investigation of what difference it makes whether a social struggle is taken to court – which is a central question in the law and society literature.

**ACKNOWLEDGMENTS**

*The conceptual framework presented here forms part of a collective effort to understand the phenomenon of sexual and reproductive rights lawfare through a number of interlinked projects: "Abortion Rights Lawfare in Latin America"; "Sexual and Reproductive Right Lawfare: Global Battles"; and "Political Determinants of Sexual and Reproductive Health in Africa" (all with LawTrans-form, a joint initiative of the Chr. Michelsen Institute and University of Bergen Centre on Law and Social Transformation, and funded by the Norwegian Research Council [grant numbers 236879, 230839, and 248159]); as well as "International Sexual and Reproductive Right Lawfare," which is part of PluriCourts (Centre for the Study of the Legitimate Roles of the Judiciary in the Global Order, University of Oslo). The thoughts expressed in this article are indebted to the members of these project teams, particularly Paola Bergallo, Camila Gianella, Malcolm Langford, Rachel Sieder, and Alicia Ely Yamin, and to the participants in the workshop on "Abortion Rights Lawfare," held in São Paulo, Brazil, in September 2016, who provided invaluable feedback regarding the initial draft of this article.*

## REFERENCES

ANDERSON, Cora Fernandez; RUIBAL, Alba. Legal Obstacles and Social Change: Strategies of the Abortion Rights Movement in Argentina. *Politics, Groups, and Identities*, v. 8, n. 4, p. 698-713, 2020.

BERGALLO, Paola; MICHEL, Augustina Ramón. Abortion. *In*: GONZÁLEZ-BERTOMEU, Juan F.; GARGARELLA, Roberto. *The Latin American Casebook*: Courts, Constitutions and Rights. New York: Routledge, 2016.

CARLSON, John YEOMANS, Neville. Whither Goeth the Law: Humanity or Barbarity. *In*: SMITH, Margareth CROSSLEY, David. *The Way Out*: Radical Alternatives in Australia. Melbourn: Landowne Press, 1975.

CEDAW – UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. General Recommendation No. 19, 1992. Available at: https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/CEDAW-C-50-D-22-2009%20English%20(clean%20copy).pdf. Accessed on: 8 August 2021.

COMAROFF, John L. Symposium Introduction: Colonialism, Culture, and the Law: A Foreword. *Law & Social Inquiry*, v. 26, n. 2, p. 305-314, 2001. Available at: http://www.jstor.org/stable/829077. Accessed on: 8 August 2021.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Law and Disorder in the Postcolony*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Ethnicity*. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

CORDER, Hugh; HOEXTER, Cora. "Lawfare" in South Africa and Its Effects on the Judiciary. *African Journal of Legal Studies*, v. 10, n. 2-3, p. 105-126, 2017. Available at: https://doi.org/10.1163/17087384-12340017 Accessed on: 8 August 2021.

DEFAGO, María Angélica Peñas; FAÚNDES, José Manuel Morán. Strategies of Self-Proclaimed Pro-Life Groups in Argentina: Effect of New Religious Actors on Sexual Policies. *Latin American Perspectives*, v. 43, n. 3, p. 144-162, 2016. Available at: https://doi.org/10.1177/0094582X15628022. Accessed on: 8 August 2021.

DUNLAP, Charles. Lawfare Today: A Perspective. *Yale Journal of International Affairs*, v. 3, n. 1, p. 146-154, 2008.

FAY, Erick. Neoliberal Conservation and the Potential for Lawfare: New Legal Entities and the Political Ecology of Litigation at Dwesa-Cwebe, South Africa. *Geoforum*, v. 44, p. 170-181, 2013. Available at: https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2012.09.012. Accessed on: 8 August 2021.

GIANELLA, Camila; YAMIN, Alicia Ely. Struggle and Resistance: Using International Bodies to Advance Sexual and Reproductive Rights in Peru. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, v. 33, 2018. Available at: https://ssrn.com/abstract=3795523. Accessed on: 8 August 2021.

GLOPPEN, Siri. Studying Courts in Context: The Role of Non-Judicial Institutional and Socio-Political Realities. *In*: HAGLUND, LaDawn; STRYKER, Robin (ed.). *Closing the Rights Gap from Human Rights to Social Transformation*. Berkeley: University of California Press, 2015.

GLOPPEN, Siri. Conceptualizing Lawfare. CMI-UiB Centre on Law & Social Transformation Working paper, 2017. Available at: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framwork.

GLOPPEN, Siri; GERZSO, Thalia; VANDEVALLE, Nicholas. Legal Mechanisms of Autocratization. *In*: ARIOLA, Leonardo; RAKNER, Lise; VANDEVALLE, Nicholas (ed.). *Democratic Backsliding in Africa?* Autocratization, Resilience, and Contention. Oxford Studies in African Politics and International Relations, forthcoming 2022.

HERTZBERG, Anne. NGO "Lawfare": Exploitation of Courts in the Arab-Israeli Conflict. Jerusalem: NGO Monitor, 2010. Available at: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1532116. Accessed on: 8 August 2021.

LAWFARE. *In*: The Lexico Oxford Dictionary. Oxford: Oxford University Press, 2021. Available at: www.lexico.com/en/definition/lawfare. Accessed on: 8 August 2021.

LAWFARE. *In*: Wikipedia. Wikimedia Foundation, 2020. Available at: https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Lawfare&oldid=1007141999. Accessed on: 8 August 2021.

LEMAITRE, Julieta; SIEDER, Rachel. The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case Against Costa Rica. *Health & Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, 2017. Available at: https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-moderating-influence-of-international-courts-on-social-movements-evidence-from-the-ivf-case-against-costa-rica/. Accessed on: 8 August 2021.

MACHADO, Marta R. A.; MACIEL, Débora A. The Battle Over Abortion Rights in Brazil's State Arenas, 1995-2006. *Health & Human Rights Journal*, Massachusetts, v. 19, n. 1, p. 119-132, 2017. Available at: https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-battle-over-abortion-rights-in-brazils-state-arenas-1995-2006/. Accessed on: 8 August 2021.

PAINE, Jennifer; NORIEGA, Regina Tames; BELTRANY PUGA, Alma. Using Litigation to Defend Women Prosecuted for Abortion in Mexico: Challenging State Laws and the Implications of Recent Court Judgments. *Reproductive Health Matters*, v. 22, n. 44, p. 61-69, 2014. Available at: https://ssrn.com/abstract=2566192. Accessed on: 8 August 2021.

PETERS, Rudolph. From Jurists' Law to Statute Law or What Happens When the Shari'a Is Codified. *Mediterranean Politics*, p. 82-95, 2002.

POPOVA, Maria. The Rise of Weaponised Legalism. Paper presented to the ECPR Joint Sessions of Workshops, Mons, 8-12 April 2018.

PRADO, Mariana. Killing Laws Without Revoking Them: The Case of the Amazon Fires. Paper presented at the Law and Society Association Annual Meeting (digital), 30 May 2020.

RABKIN, Jeremy. Lawfare: The International Court of Justice Rules in Favor of Terrorism. *The Wall Street Journal*, 17 September 2004. Available at: http://www.opinionjournal.com/forms/printThis.html?id=110005366. Accessed on: 8 August 2021.

RANGANATHAN, Surabhi. The 2015 Judicial Activity of the International Court of Justice. *American Journal of International Law*, v. 110, n. 3, p. 504-525, 2016. Available at: https://doi.org/10.1017/S0002930000016924. Accessed on: 8 August 2021.

RUIBAL, Alba M. Movement and Counter-Movement: A History of Abortion Law Reform and the Backlash in Colombia 2006-2014. *Reproductive Health Matters*, v. 22, n. 44, p. 42-52, 2014. Available at: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25555762/. Accessed on: 8 August 2021.

RUIBAL, Alba M. Movilización y contra-movilización legal: propuesta para su análisis en América Latina. *Política y gobierno*, v. 22, n. 1, p. 175-198, 2015. Available at: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372015000100006&lng=es&nrm=iso. Accessed on: 8 August 2021.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 545-584, 2018. Available at: https://www.jstor.org/stable/26455917. Accessed on: 8 August 2021.

SPECIAL SECTION: ABORTION AND HUMAN RIGHTS. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, 2017. Available at: https://www.hhrjournal.org/volume-19-issue-1-june-2017/. Accessed on: 8 August 2021.

SEXUAL RIGHTS: AN IPPF DECLARATION. The International Planned Parenthood Federation (IPPF), 2008. Available at: https://www.ippf.org/sites/default/files/sexualrightsippfdeclaration_1.pdf. Accessed on: 8 August 2021.

THE LAWFARE PROJECT. Available at: https://www.thelawfareproject.org. Accessed on: 25 September 2016.

TRIMBUR, John. *Grassroots Literacy and the Written Record*: A Textual History of Asbestos Activism in South Africa. Bristol, UK: Multilingual Matters, 2020.

UNITED NATIONS WORLD CONFERENCE ON WOMEN. The Beijing Declaration and the Platform for Action: Fourth World Conference on Women, Beijing, China, 4-15 September 1995. New York, United Nations, Dept. of Public Information, 1996.

UNITED NATIONS POPULATION FUND & INTERNATIONAL CONFERENCE ON POPULATION AND DEVELOPMENT. ICPD 94: International Conference on Population and Development: Preparatory Committee II. New York, UNFPA, 1993.

WATERS, Melissa A. Lawfare in the War on Terrorism: A Reclamation Project. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 43, n. 1, p. 327-334, 2010. Available at: https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/20. Accessed on: 8 August 2021.

YAMIN, Alicia Ely; BERGALLO, Paola. Narratives of Essentialism and Exceptionalism: The Challenges and Possibilities of Using Human Rights to Improve Access to Safe Abortion. *Health & Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 1-12, 2017. Available at: https://www.hhrjournal.org/2017/06/editorial-narratives-of-essentialism-and-exceptionalism-the-challenges-and-possibilities-of-using-human-rights-to-improve-access-to-safe-abortion/. Accessed on: 8 August 2021.

YOGYAKARTA Principles (Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity), 2006. Available at: http://yogyakartaprinciples.org/wpcontent/uploads/2016/08/principles_en.pdf. Accessed on: 8 August 2021.

**How to quote this article:**

GLOPPEN, Siri. Conceptualizing Abortion Lawfare. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2143. https://doi.org/10.1590/2317-6172202143

*Siri Gloppen*

Director at the Centre on Law & Social Transformation, University of Bergen.

Professor at the Department of Comparative Politics, Department of Administration and Organization Theory, University of Bergen. Senior Researcher at Chr. Michelsen Institute.

*Siri.Gloppen@uib.no*

V. 17 N. 3
2021
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 26.03.2021
Aprovado: 03.08.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202137

# Costa Rica's Oversized Role in Latin American Sexual and Reproductive Rights Lawfare

*O VASTO PAPEL DA COSTA RICA NA DISPUTA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS POR MEIO DO LAWFARE NA AMÉRICA LATINA*

*Lynn M. Morgan*[1]

**Abstract**
Costa Rica's reputation as a stable democracy and champion of inter-American human rights law makes it both beacon and bellwether for sexual and reproductive rights in the American continent. The Costa Rican government brought cases involving in vitro fertilization and same-sex marriage to the Inter-American Court of Human Rights, which issued historic decisions expanding reproductive and sexual rights across Latin America. In response, a transnational coalition of self-proclaimed pro-life and pro-family organizations has targeted the Organization of American States and its system of inter-American human rights law, calling on the OAS to respect national sovereignty concerning life and family matters. This chapter traces Costa Rica's key role in Latin American sexual and reproductive rights lawfare as well as the resulting backlash.

**Keywords**
Costa Rica; Inter-American Court of Human Rights; Organization of American States; in vitro fertilization; anti-abortion lawfare.

***Resumo***
*A reputação da Costa Rica como uma democracia estável e defensora da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos torna o país uma referência no tema dos direitos sexuais e reprodutivos no continente americano. O governo da Costa Rica levou casos que envolviam fertilização* in vitro *e casamento de pessoas do mesmo sexo para discussão na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual emitiu decisões históricas, ampliando os direitos reprodutivos e sexuais para toda a América Latina. Em resposta, uma organização autoproclamada pró-vida e pró-família colocou a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o seu sistema interamericano de direitos humanos como alvo de ataque, pedindo que a OEA respeite a soberania nacional em matérias sobre família e vida. Este artigo apresenta o papel da Costa Rica na disputa dos direitos sexuais e reprodutivos por meio do* lawfare *na América Latina e seus resultados reativos.*

***Palavras-chave***
*Costa Rica; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Organização dos Estados Americanos; fertilização* in vitro*;* lawfare *antiaborto.*

**1** Mount Holyoke College, Sociology and Anthropology, South Hadley, Massachusetts, United States
https://orcid.org/0000-0002-7681-9739

CC BY-NC

## Introduction

Costa Rica, a small Central American country of just five million people, has played an oversized role in Latin American sexual and reproductive rights lawfare. While national-level case studies sometimes fail to capture the global social movements of which they form a part (CORRÊA and PARKER, 2020, p. 9), I argue here that Costa Rica's reputation as an exemplary democracy and distinguished champion of inter-American human rights law makes it both beacon and bellwether for sexual and reproductive rights throughout the continent. Landmark rulings issued by the Inter-American Court of Human Rights (hereafter Inter-American Court) have stemmed from cases brought by Costa Rica, and the backlash against those decisions provides insight into the transnational strategies being deployed by "pro-life and pro-family" social movements.

The following analysis stems from the conviction that "all sex is politics" (PECHENY, FIGARI and JONES, 2008), and that sexual and reproductive rights are interrelated. While we distinguish theoretically and politically between sexual rights and reproductive rights, religious conservatives address both in their efforts to control sexual and reproductive bodies. Disciplining bodies is central to their efforts to police and defend a patriarchal, heteronormative social order based on natural law. Sexual and reproductive bodies are likewise central to conservatives' efforts to consolidate political power, as evidenced by anti-democratic, Christian nationalist movements in Brazil, Hungary, Poland, the United States, and elsewhere. Religious conservatives who target "gender ideology," sexual diversity, and reproductive autonomy often choose their topics interchangeably, substituting one hot-button issue for another. In conservative politics, debates over abortion, gender identity, same-sex marriage, and sexual education are essentially the same struggle, irrespective of attempts by activists and scholars to separate "sexual" from "reproductive" rights. This chapter focuses closely on a reproductive rights case, but my secondary analysis of the same-sex marriage ruling is no less vital to understanding Costa Rica's pivotal role in sexual and reproductive rights lawfare.

The most consequential reproductive rights case issued by the Inter-American Court in recent years is a 2012 ruling formally known as *Artavia Murillo et al. ("In Vitro Fertilization") v. Costa Rica*. Its primary effect was to overturn Costa Rica's twelve-year ban on the practice of in vitro fertilization (IVF), but it had far-reaching implications. The judges took the opportunity to clarify that under inter-American law reproductive rights are human rights, embryos cannot be considered juridical persons, and the rights of embryos may not take precedence over those of women. In a second important ruling, the Inter-American Court responded to a request from the Costa Rican government with a 2018 advisory opinion stating that all members of the Organization of American States (OAS) must offer existing legal protections – including marriage, adoption, and inheritance rights – to same-sex couples and that transgender persons should have the right to change their names. The opinion effectively legalized same-sex marriage throughout the Americas. Like all Inter-American

Court rulings, these advisory opinions are considered legally binding on the twenty-three countries of the continent that have signed the American Convention on Human Rights. A third matter, concerning Costa Rica's obligation to provide therapeutic abortion to women in certain circumstances, was considered by the Inter-American Court and finally resolved by the president's signature in December 2019.

In response to these decisions, a coalition of self-proclaimed pro-life and pro-family activists has attacked the OAS and its associated human rights bodies – the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights – calling for national sovereignty in matters of sexual and reproductive rights (CARIBONI, 2019).[1] Many of these groups subscribe, implicitly or explicitly, to the tenets of natural law, a Catholic religious principle which holds that unalienable God-given rights are fundamentally "the basis for legitimate human or positive law" (BECKWITH, 2019, p. 155). They share the biblical notion that the sole purpose of human sexuality is procreation within the context of a heteronormative marriage. This conviction provides them with a shared purpose: to oppose any policies or actions that would expand access to abortion (including therapeutic abortion), assisted reproductive technologies (such as IVF), contraception (especially emergency contraception), sterilization, or same-sex marriage. The coalition's membership comprises an assortment of conservative nongovernmental organizations, think-tanks, and legal foundations, as well as the right-wing administrations and pro-life legislative contingents from a shifting constellation of countries. To offer just a few examples: in late 2018, nine US senators urged Secretary of State Mike Pompeo to cut funding to the Inter-American Commission on Human Rights because it lobbies "for abortion in Latin America in direct contravention of U.S. law" (LANKFORD, TILLIS and ENZI, 2018; see also SABATINI, 2019). In 2019, five Latin American governments with histories of state-sponsored violence (Argentina, Brazil, Chile, Colombia, and Paraguay) sent a statement to the OAS calling for the inter-American human rights system to respect states' sovereignty "to decide the most appropriate way of ensuring rights" (CANCILLERÍA DE CHILE, 2019; see also CONTESSE, 2019, p. 376; FRANCE, 2019, p. 24). A few months later, in July 2019, Pompeo announced the formation of a new Commission on Unalienable Rights, headed by a noted architect of the Vatican's pro-life strategy, Harvard law professor Mary Ann Glendon. The commission's report, issued in July 2020, prioritizes an originalist interpretation of human rights documents, ignoring subsequent developments in international human rights law.

1 National sovereignty has been a running theme in inter-American human rights accords since at least the 1930s, when the "United States was usually the most vocal proponent of this argument" (MARINO, 2019, p. 106).

Costa Rica's reputation as a Latin American leader in the defense of international human rights and democracy gives it particular salience in sexual and reproductive rights lawfare. Costa Rica has been involved in two reproductive rights cases with continental repercussions. The first is the IVF case mentioned above; the second is a technical protocol outlining the circumstances under which therapeutic abortion may be legally performed. The Costa Rican government promised this protocol to the Inter-American Court to avoid being charged with another reproduction-related human rights violation, but the protocol was stalled for several years by domestic legislative opposition and foot-dragging. The regulation of therapeutic abortion is vitally important across the continent because it provides legal means for terminating pregnancy in cases of fatal fetal abnormalities or where a pregnancy threatens a woman's life. The issue of therapeutic abortion reveals the differences between those who would depenalize and even legalize the procedure, and those who prefer to retain criminal penalties for induced abortion (see VAGGIONE, 2018, p. 327; GONZÁLEZ VÉLEZ, MELO ARÉVALO and MARTÍNEZ LONDOÑO, 2019). Before delving into the cases, we must examine Costa Rica's pivotal role within the inter-American human rights system.

## 1. Costa Rica and the Inter-American Human Rights System

The Inter-American human rights system, in place for over fifty years, is composed of the Inter-American Commission on Human Rights, a quasi-judicial body that issues recommendations for member states of the OAS and submits cases before the Inter-American Court, and the Inter-American Court of Human Rights, an international tribunal with compulsory jurisdiction over member states that have ratified the American Convention on Human Rights. Established amid the pressures of the Cold War, the system has contributed to the restoration of democracy and the promotion of justice in the region. For decades it has dealt with the consequences of massive and gross human rights violations. Along with cases related to political persecution, torture, and other egregious human rights violations stemming from authoritarian regimes, the system must deal with petitions against functioning democracies, as most of the states today in the region have left behind authoritarian and dictatorial regimes (CONTESSE, 2016, p. 123).

Since the inception of the inter-American human rights system, Costa Rica has staked its national identity on supporting it (MURILLO, 2018). When the OAS set up its human rights oversight bodies in the 1960s and 1970s, during a time of serious state-sponsored human rights abuses throughout the Americas, one of its major champions was Rodolfo E. Piza Escalante (1930–2002), a Costa Rican magistrate who supported the American Convention and became the first president of the Inter-American Court. Piza, as much as any other judge in Costa Rican history, embodied Costa Rica's commitment to human rights "as a national value" (BRYSK, 2005, p. 460). Further, the first female judge on the Inter-American Court, Sonia Picado, was Costa Rican, as is the current president of the Inter-American

Court, Elizabeth Odio Benito. In the words of political scientist Alison Brysk, "Costa Rica was the first country to ratify the [American Convention on Human Rights] and the first to accept the jurisdiction of the Inter-American Commission on Human Rights and the subsequent Inter-American Court of Human Rights" (BRYSK, 2005, p. 229). The OAS decided to locate the Inter-American Court's headquarters in San José in part to honor Piza's contributions. Costa Rica's relationship with the inter-American human rights system is the source of considerable national pride. It was significant, then, that Piza was serving as chief magistrate on Costa Rica's constitutional court (known as the Sala IV) in 2000, when he penned the decision to ban IVF.

### 1.1. The Ban on *In Vitro* Fertilization

Costa Rica was an unlikely setting for a struggle over IVF. The country routinely garners top rankings on international indicators, including human rights, global peace, gender equality, human development, and happiness. It boasts a world-renowned nationalized health system and high levels of literacy, and in 2010 it elected its first female president, Laura Chinchilla Miranda. The fertility rate stands at 1.7 births per woman (down from 6.7 in 1960); infant and child mortality rates have fallen to historic lows; and approximately 75% of women use modern contraception (WORLD BANK, 2020). In the 1990s, international observers had every reason to believe that Costa Rica would be a Latin American leader in advancing reproductive and sexual rights.

By the turn of the millennium, however, trouble was brewing. The previous two decades had witnessed increasing corruption and influence-peddling, rising debt and crime, cutbacks in social services, and a disintegration of the traditional two-party system. Progress toward women's rights was affected by the interference of powerful conservative forces (CEPAL, 2015, p. 63). Small, evangelical political parties were on the rise and found common cause with the Catholic hierarchy in their pro-life, pro-family, anti-abortion platforms (FUENTES BELGRAVE, 2019). Their opposition to IVF became their main rallying cry.

IVF had been briefly legal in Costa Rica from 1995 to 2000, but in 2000 a challenge was brought by an advisor to the Roman Catholic Episcopal Conference of Bishops, Hermes Navarro del Valle, who argued that the procedure violated embryos' constitutionally protected right to life. The bishops opposed IVF because the Catholic Church disapproves of "artificial" reproduction and because IVF requires men to engage in the sin of masturbation and therefore circumvents the mandate for procreative conjugal intimacy. Navarro argued that because human life begins at fertilization, any elimination or destruction of leftover or unviable embryos (a frequent practice in IVF) violates their constitutional right to life. To discard embryos, he said, is to treat them "like garbage," and to select certain embryos for implantation while rejecting others is to play Russian roulette with their lives. He also said that IVF is a commercial enterprise that trafficks in human lives (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2012, p. 24; see also NAVARRO DEL VALLE, 2001).

The Sala IV agreed. Piza based his opinion on his reading of the Costa Rican Constitution, which states that human life is inviolable, as well as on article 4.1 of the American Convention on Human Rights, which many pro-life and pro-family activists consider "the most pro-life treaty in the world" (PRIESTS FOR LIFE, 2020). Article 4.1 states, "Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life." That Piza, a former president of the Inter-American Court, would use article 4.1 to extend human rights to "unborn persons" was a monumental victory within the world of international pro-life activism. It buoyed pro-life activists in other regions who hoped to extend human rights protections to embryos and fetuses (KUKLA, 2012). The renowned Argentine pro-life theorist and attorney, Jorge Scala, had this to say:

> The Republic of Costa Rica not only has the honor of sheltering the Inter-American Court of Human Rights, but an even greater glory: the activities of judge Dr. Rodolfo E. Piza Escalante, who in his long years as a judge, with his wise and prudent judgments, made headway in the practice of the law of human rights. His majority opinion is emblematic, in the judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica, 15 March 2000, in which he protects the right to life of unborn persons that had been severely violated by the lethal technique of in vitro fertilization. It is fitting to pay homage [...] to the Costa Rican who raised the flag of human rights still higher for all humans, including those as yet unborn. (SCALA, 2011)

Costa Rican feminists were startled by the decision to ban IVF. Frankly, IVF did not figure among their priorities. One activist explained to me that the discourse around reproductive and sexual rights was still evolving in the late 1990s, and feminists dismissed IVF as a procedure that transformed wealthy women's infertile bodies into reproductive, gender-normative mothers (ARGUEDAS RAMÍREZ, 2014, p. 167; LUNA and WOLF, 2014, p. 7). At the time, she said, feminists were more interested in disrupting the "motherhood mandate" than helping infertile women become parents. They simply did not consider IVF a reproductive rights issue.

The IVF prohibition dramatically heightened the subjectivity of a new class of rights claimants: human embryos. The Sala IV ruled that IVF produces embryos that face a disproportionate risk of death if not implanted into a woman's uterus, whereas, in the court's words, "Our system, as inscribed in article 21 of the Constitution, states that 'human life is inviolable'" (SALA CONSTITUCIONAL, 2000; see also MORGAN, 2019). To justify their decision to grant personhood rights to embryos, the judges cited the Costa Rican Constitution, the American Convention on Human Rights, and article 31 of the Civil Code, which states that unborn persons shall be treated favorably from 300 days before birth (ACOSTA GAMBOA, 2013, p. 142; ZAMORA CASTELLANOS, 2013,

p. 143).[2] The Holy See approved of the ruling, issuing a statement in 2002 that Catholics have a "'grave and clear obligation' to oppose any law that might tolerate abortion, IVF, or embryo experimentation" (ROBERTSON, 2010, p. 66).

Several infertile women and couples affected by the ban filed a complaint with the Inter-American Commission on Human Rights in 2001, alleging violations of their rights to equality, to honor, and dignity, and to form a family under the American Convention. The Inter-American Commission on Human Rights had started to use its supranational authority to hear sexual and reproductive rights cases, rendering decisions that held governments accountable for violations and that embedded reproductive rights within the rights to health, equity, nondiscrimination, privacy, and family life. But the process was slow; the commission took nine years to issue its decision. In 2010, it agreed with the petitioners that Costa Rica's ban on IVF constituted a violation of human rights guaranteed under the American Convention, specifically the right to found a family, the right to equality and nondiscrimination, and the right to have one's private and family life respected. In response, the government mounted several half-hearted efforts to legalize IVF, all of which were so poorly drafted that they seemed designed to fail. In July 2011, the commission took the serious step of sending the case to the Inter-American Court for review; this time, the decision would be final.

The delay between 2001, when the case was originally filed, and 2011 gave anti-IVF activists plenty of time to organize. The Episcopal Conference led the way, assisted by a host of others: lay Catholic activists; academics who specialized in biology, bioethics, and bio-law (*bioderecho*); elite allies in government and the media; evangelical Protestant parishioners; and international nongovernmental organizations, including Virginia-based Human Life International (see KUKLA, 2012; ARGUEDAS and MORGAN, 2017). Members of the transnational pro-life movement – ADF International (formerly the Alliance Defense Fund), together with the Center for Legal Studies at C-Fam and Americans United for Life – filed amicus curiae briefs with the Inter-American Court of Human Rights, arguing that Costa Rica's ban on IVF "does not violate the American Convention on Human Rights" (ALLIANCE DEFENSE FUND, 2012a, p. 2).[3] Opponents of IVF stressed the following arguments: religious values are patriotic because Catholicism is the state religion, Costa Rican law respects unborn life, national sovereignty is at stake, and powerful outside agitators were pressuring Costa Ricans to relinquish their bedrock Christian values. A growing bloc of evangelical legislators joined with the Catholic hierarchy to prevent IVF bills from coming to a vote in the legislature (ARAYA, 2015).

2 A human pregnancy lasts on average 280 days.

3 For a full list of amicus curiae filed in the case, see Rivera Juaristi (2014).

In 2011, the anti-IVF camp mounted a sophisticated public relations effort in the media, the halls of congress, and on the streets. Movement leaders invited international pro-life activists to convene in San José for the V Pro-Life World Congress. A Catholic radio station released an announcement in which a young child was heard to say, "Hello, I'm Sofi, the third of three children, and although my parents love me from the bottom of their hearts, I know that for me to be born seven of my brothers and sisters died in the laboratory." The spot was withdrawn after complaints from listeners who worried that it would fuel discrimination against Costa Rican children who had been conceived through IVF outside the country; one of them – whose story had been publicized in a newspaper – was named Sofi (DÍAZ, 2011). The battle to influence congressional representatives got ugly; in 2013 and 2014, the Costa Rican Association for Life and Human Rights arranged for enormous anti-abortion photographs to be displayed in the halls of the Legislative Assembly (and on Facebook), in conjunction with the International Day of the Unborn on March 25. The words "Pura vida?" in dripping red paint were superimposed atop photos of bloody dismembered fetuses.[4] On multiple occasions, Catholic and Protestant clerics organized massive public demonstrations of the faithful who paraded through the streets dressed in white.

Christmas tamale preparations were well underway in late 2012 when the news hit the airwaves: the Inter-American Court condemned Costa Rica for its ban on IVF. Further action from the executive branch remained stalled, however, until Luis Guillermo Solís was elected president in 2014, bringing his center-left Citizens' Action Party to power for the first time (MOLINA JIMÉNEZ, 2014). Solís's running mate, Ana Helena Chacón Echeverría, was a longtime supporter of IVF, the rights of sexual minorities, and the decriminalization of abortion. A week after taking office, the new president hoisted the rainbow flag of the LGBT pride movement over the presidential palace. The election was widely interpreted as a defeat for the old political elites and their conservative values, and a victory for a progressive human rights agenda, including sexual and reproductive rights. Breaking the congressional stalemate over IVF, however, would not prove easy.

In September 2015, amid perpetual legislative gridlock, Solís issued an executive decree lifting the IVF ban. The Sala IV immediately overruled him, stating that the ban could be rescinded only by the legislature. This was an obvious catch-22, since no IVF bill could ever pass in the legislature, given the evangelicals' ability to filibuster. Meanwhile, the General Assembly of the OAS was watching. It gave a diplomatic vote of confidence to Costa Rica in June 2015 when it elected Elizabeth Odio Benito – a Costa Rican "human

4 "Pura vida," meaning "pure life," is a Costa Rican salutation used mainly by young people and tourists to refer to the happy life one enjoys in Costa Rica. The addition of a question mark suggests that things are not quite as "pure" as the phrase implies.

rights superstar" (BRYSK, 2005, p. 455), strong supporter of women's rights, former minister of justice, and first female judge on the International Criminal Court – to a seat on the Inter-American Court. The standoff between Solís and the Sala IV ended on February 26, 2016, when the Inter-American Court determined that the executive decree allowing IVF was indeed valid. The court gave the state a two-year grace period – until 2018 – to make IVF available through the national health system. In April 2020, the Costa Rican Social Security system announced the first IVF baby born through the public health system in twenty years (CHACÓN, 2020).

### 1.2. International Implications

It is difficult to overstate the continental implications of the Inter-American Court ruling in *Artavia Murillo et al. ("In Vitro Fertilization") v. Costa Rica*. Decisions made by the Inter-American Court are *vinculante* (binding) and *inapelable* (not subject to appeal) in the twenty-three countries that have ratified the American Convention (see LEMAITRE and SIEDER, 2017). *Artavia Murillo v. Costa Rica* should therefore have major repercussions for sexual and reproductive rights throughout the region, affecting policies related to assisted reproductive technologies, stem cell research and regenerative medicine, hormonal contraceptives, therapeutic abortion, adoption, surrogacy, and parenting. In addition to stating that the IVF ban violates the rights to privacy, liberty, personal integrity, and to form a family, the Inter-American Court established for the first time in international law that reproductive rights are human rights, that embryos cannot be considered juridical "persons," and that the rights of embryos may not take precedence over those of women. The Inter-American Court also dealt a big blow to international pro-life activists by clarifying article 4.1 of the American Convention on Human Rights, stating that "conception" should be defined not as the fertilization of gametes but as the implantation of an embryo in a woman's womb.[5]

Outside of Costa Rica, reproductive rights activists greeted the Inter-American Court ruling as a milestone for secular reproductive rights jurisprudence because it establishes the

5 The pro-life interpretation of article 4.1 is not consistent with the facts. In 1981, the Inter-American Commission held that "the right-to-life provisions provided by the American Convention on Human Rights and the American Declaration on the Rights and Duties of Man *were* compatible with a woman's right to access safe and legal abortions" (HUMAN RIGHTS WATCH, 2020, p. 19; emphasis added). The 2012 Inter-American Court ruling in *Artavia Murillo v. Costa Rica* clarified article 4.1 even further, stating that the right to life of embryos and fetuses is not absolute and that women's lives must take precedence over them. Conservatives are seeking a legal justification to reinstate a reading that supports a legal "right to life" under inter-American law. C-Fam puts its opposition bluntly: "The 5-1 decision, *Murillo v. Costa Rica*, stoked concern because the [American Convention on Human Rights] is the only treatly to explicitly protect the right to life 'from the moment of conception'" (TOZZI, 2012).

right to reproductive autonomy, the right to access reproductive health services, and the notion that embryos are best protected by protecting the rights of pregnant women. Some authors argued that it would also "prevent passage of so-called personhood initiatives in the U.S. and elsewhere" (CROCKIN, RIBAS and ESCALANTE, 2013, p. 330), even though the United States has not ratified the American Convention on Human Rights. Opponents of the ruling were (and continue to be) outraged. "Costa Rica was a pioneer state in protecting human life from its earliest stage of development," but the Inter-American Court's decision "has forced the country to regress in its recognition and protection of the unborn, namely, the human embryo" (DE JESÚS, OVIEDO ÁLVAREZ and TOZZI, 2013, p. 164; see also OSPINA DE FONSECA, 2013). Catholic bishops gathered in Guanajuato, Mexico (arguably the seat of conservative Catholicism in Latin America), in April 2013 to issue a formal condemnation. Legal analyses continue to proliferate today, with some opponents angrily questioning the very integrity of the inter-American human rights system and others determined to wrest control of the system (DE JESÚS, OVIEDO ÁLVAREZ and TOZZI 2013; LEAL, 2013; see also PANOTTO, 2020).

### 1.3. Therapeutic Abortion

In the years following the IVF dispute, Costa Rica faced another alleged violation of reproductive rights, this time over the issue of therapeutic abortion. Legal – that is, nonpunishable – abortion is permitted under article 121 of the Costa Rican Penal Code when the life or health of the pregnant woman is at risk. In practice, however, medical personnel rarely perform therapeutic abortion due to a lack of clear guidance about why, when, and how the procedure is legally allowed (CARRANZA, 2007; see also ARROYO NAVARETE, 2017; COLECTIVA POR EL DERECHO A DECIDIR, 2009; MARÍN MORA and MORALES MUÑOZ, 2017; SAGOT RODRÍGUEZ and CARCEDO CABAÑAS, 2002). Without clear guidance in the form of an official technical decree or protocol (*norma técnica*), therapeutic abortion was effectively banned.

Conservative religious activists oppose expanding the terms of nonpunitive therapeutic abortion. The penal codes of several Latin American countries allow nonpunishable abortion (*aborto no punible*) on certain grounds, such as to preserve the life or health of the pregnant woman, when the pregnancy results from rape or incest, and when the fetus suffers from a congenital anomaly incompatible with life (see CEPAL, n.d.). In the 1990s and beyond, reproductive rights advocates began working with inter-American human rights organizations to ensure that therapeutic abortion would be available to those who needed it (GONZÁLEZ VÉLEZ, ORTIZ-ORTEGA and RAMOS, 2008).[6] Iconic cases were considered by

6 By 2020, prominent strategists argued that this model had failed. It allows abortion to remain criminalized, as Paola Bergallo points out, so that women who wish to obtain a nonpunishable abortion are forced

the inter-American human rights bodies in Mexico in 1999 and in El Salvador in 2013 and 2019 (TARACENA, 2002; PEÑAS DEFAGO, 2018; CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2019). Gradually, legislative reforms and judicial cases expanded the grounds on which pregnancy could be legally terminated in Argentina, Brazil, Chile, Colombia, El Salvador, and Mexico (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2017).

In 2008, a 26-year-old Costa Rican woman called "Ana" (a pseudonym; in legal documents she is referred to as A.N.) was denied a therapeutic abortion after doctors told her in the seventh week of pregnancy that her fetus suffered from a fatal developmental anomaly. Distressed at the prospect of carrying a nonviable pregnancy, Ana requested a therapeutic abortion. Doctors refused. Ana appealed to the Sala IV but was turned down on the grounds that her psychological distress was caused not by the fetus but by her own state of mind. Ana carried the pregnancy to term, but the baby was stillborn. A coalition of advocates filed a complaint on Ana's behalf with the Inter-American Commission on Human Rights, charging that she had been denied a health service to which she was legally entitled (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, n.d.).

Because the IVF case was still in progress at the time this happened, the Costa Rican government wanted to avoid a second high-profile investigation into its reproductive rights obligations. It therefore negotiated with the commission for a friendly resolution, according to which the state would develop guidance to allow nonpunishable therapeutic abortion. Indeed, guidance was drafted in 2009, but it quickly vanished into bureaucratic limbo. Nothing happened, but nor did the matter disappear. In 2012, another woman, "Aurora," aged 32, learned that the fetus she was carrying suffered from a rare congenital defect. Doctors said it would not survive. Aurora appealed to the Sala IV for permission to receive a therapeutic abortion but went into preterm labor while awaiting the decision; the baby was stillborn after an emergency cesarean (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2013). Advocates brought this case, too, to the Inter-American Commission. The government promised to resolve the matter by October 2015, but the deadline passed unmarked (VALVERDE, 2019; ARGUEDAS ORTIZ, 2015). Local advocacy groups stepped up their pressure. The Colectiva por el Derecho a Decidir asked:

> What will the state say about its continuing failure to regulate the therapeutic interruption of pregnancy? How will it justify its lack of compliance, given that since 2009 the Costa Rican Social Security Institute has had a Guide to Procedures that it still hasn't approved?

• • •

to seek exceptions to the criminal standard. Reproductive rights advocates now argue that abortion should be removed entirely from penal codes (BERGALLO, 2018; see also GONZÁLEZ VÉLEZ, MELO ARÉVALO and MARTÍNEZ LONDOÑO, 2019).

> Will it continue to ignore cases such as those of Ana and Aurora? (COLECTIVA POR EL DERECHO A DECIDIR, n.d.)

In October 2017, the Inter-American Commission raised the temperature on Costa Rica with a press release urging "All States to Adopt Comprehensive, Immediate Measures to Respect and Protect Women's Sexual and Reproductive Rights" (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2017). It quoted the commission's special rapporteur on economic, social, cultural, and environmental rights, Soledad García Muñoz, as saying:

> Denying access by women and girls to legal and safe abortion services or post-abortion care can cause prolonged and excessive physical and psychological suffering to many women, especially in cases involving risks to their health, unviability of the fetus, or pregnancies resulting from incest or rape. Without being able to effectively exercise their sexual and reproductive rights, women cannot realize their right to live free from violence and discrimination. (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2017)

The press release did not name any specific countries, but Costa Rica was implicated in the following exhortation:

> The Inter-American Court also urges the States in the region that still lack an adequate regulatory framework to adopt legislation designed to ensure that women can effectively exercise their sexual and reproductive rights, with the understanding that denying the voluntary interruption of pregnancy in certain circumstances does constitute a violation of the fundamental rights of women, girls, and adolescents. (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2017)

In January 2018, the issue of therapeutic abortion was eclipsed when the Inter-American Court issued an advisory opinion (known as AO 24-17) that essentially legalized same-sex marriage throughout the Americas. Again, Costa Rica found itself at the forefront of sexual and reproductive rights lawfare in the Americas, as the story made international news ("Inter-American Human Rights Court Backs Same-Sex Marriage", 2018). The news came just a month before the Costa Rican presidential elections, which allowed the evangelical candidate, Fabricio Alvarado, to make it a campaign issue. A moral panic over its implications propelled the evangelical candidate to an unlikely victory in the first electoral round. The progressive candidate, Carlos Alvarado Quesada, of the Citizens' Action Party, won the presidency over his evangelical rival in the second round, by a large margin. Still, evangelicals picked up an unprecedented number of legislative seats, spurred in part by the moral

panic incited over the same-sex marriage ruling. These gains foreclosed any legislative path to regulating therapeutic abortion. The Citizens' Action Party signed a formal pact with the more conservative Social Christian Party that asserts, in part, that the national government "[w]ill not modify any law related to abortion, by any government action at the national or international level. Not expand in any way the provisions of Article 121 of the Penal Code, whether by interpretation, protocol or reform" (ALVARADO QUESADA and PIZA ROCAFORT, 2018). President Alvarado announced that he would sign the *norma técnica* regulating therapeutic abortion before the end of 2019, thus fulfilling the country's promise to the Inter-American Commission, but also that he would not engage in any further actions to expand its provisions or decriminalize abortion. As the deadline neared, pressure mounted for and against (MARÍN, 2019). Reproductive rights advocates reminded the Inter-American Commission that Costa Rica had been under scrutiny since 2008 and had not yet complied with its 2015 promise to resolve the matter. The government was well aware that if the case were referred to the Inter-American Court, it might end up with another landmark human rights decision, as had happened with IVF (LARA SALAS, 2018). Alvarado and his minister of health finally signed the *norma técnica* in December 2019, as an executive decree, with relatively little fanfare (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL MINISTRO DE SALUD, 2019).

With that, the matter may have seemed resolved. But in January 2020, evangelical legislators filed a complaint with the Sala IV, charging that the *norma técnica* was unconstitutional because only the Legislative Assembly has the authority to pass such laws (CORRALES, 2020). This echoed an argument made a month earlier by the Episcopal Conference of Bishops: "We consider it urgent and necessary that the *norma técnica* be submitted for legislative approval, giving it the status of a law of the Republic, because in dealing with the regulation of human life it constitutes the basic right on which all public liberties are based" (BOSQUE, 2019). This case thus follows the same playbook as the IVF case: the Catholic hierarchy insists on legislation while fully knowing that evangelical legislators will block all legislative petitions, thus forcing the president to act by executive decree, and then complaining to the constitutional court that said executive decree is unconstitutional and that legislation is required. The Sala IV rejected this complaint (MADRIGAL, 2020).

By late 2020, reproductive rights advocates told me that they had not yet seen the *norma técnica*. No one knew whether the protocol would clarify the definition of "health" or include mental health as grounds for a therapeutic abortion (GONZÁLEZ VÉLEZ, 2012). No one knew whether young girls would qualify for therapeutic termination of pregnancy.[7] No

7 The United Nations Population Fund (2016) estimates that approximately 500 babies are born each year to girls under the age of fifteen in Costa Rica.

one knew whether there would be a gestational age limit, how therapeutic abortions would be performed, whether both medication and surgical abortion would be permitted, or whether hospital chiefs would be prevented from encouraging conscientious objections on the part of medical personnel, as has happened elsewhere (DE ZORDO and MISHTAL, 2011). Advocates wonder whether Costa Rica may end up where it was twenty years ago, without clear guidance to inform medical protocols for pregnancies that threaten women's health and lives.[8]

To summarize, Costa Rica holds a storied position within the inter-American human rights system. Decisions made by its constitutional court are taken seriously by the transnational legal community. Pro-life and pro-family activists were therefore thrilled when the Sala IV issued a series of rulings banning IVF, same-sex marriage, and therapeutic abortion. The real problem, in their view, surfaced when the inter-American human rights system, including the Inter-American Court, disagreed with and overturned its rulings. Critics charged that the Inter-American Court used its power to create new rights (see YOSHIHARA and SYLVA, 2007). This meant that anyone who wanted to prevent the expansion of sexual and reproductive rights would have to tackle what they saw as obstacles within the inter-American human rights system.

## 2. Attacking Human Rights-Based Approaches

Pro-life and pro-family activists are now targeting the inter-American system of human rights by expanding and diversifying their transnational networks and coordinating with right-wing governments (cf. YAMIN, DATTA and ANDIÓN, 2018, p. 548; CAVALLARO *et al.*, 2019; PANOTTO, 2020).[9] They are uniting to attack "rights-based approaches"

8 Meanwhile, religious activists are lobbying for a policy that would, in their words, "save both lives."This slogan was developed by activists in the global anti-abortion movement, where it is used to justify keeping restrictive and punitive abortion laws in place. It became more widespread in Ireland in 2012, when abortion opponents began to tout it as a response to calls for therapeutic abortion. Abortion is never medically justified, they say, because it is possible to save both the pregnant woman's and the fetus's lives (see MORGAN, 2017). Ever since then, the slogan has been used around the world, including in Latin America (especially Argentina, Chile, and El Salvador). In 2019, the bishop of Ciudad Quesada used the phrase in response to the signing of the *norma técnica*. He explained that medical authorities can "respect both lives" by performing necessary medical procedures, even if they cause the death of the fetus, as long as their intentions before God "are to not provoke the death of the baby" (VATICAN NEWS, 2019). Feminists argue that "save them both" is based on Catholic moral philosophy, which functions to mis-identify and delay legal therapeutic abortion. More ominously, the "save them both" philosophy can cost women's lives by delaying treatment in the case of medical emergencies.

9 For a list of the main religious conservative nongovernmental organizations that work at the United Nations, see Peñas Defago, Morán Faúndes, and Vaggione (2018, p. 20); Moragas (2020); Yamin, Datta, and Andión (2018).

promoted by the UN and OAS (see MORAGAS, 2020; PANOTTO, 2020). They charge that multilateral organizations have hijacked human rights and created new rights, including abortion and marriage equality, thus undermining natural rights and natural law (DeLOACH, 2019). This effort was boosted under the administration of US President Donald J. Trump (2016–2020), who oversaw an aggressive public effort to "protect the precious gift of life at every stage, from conception until natural death" (GOVERNMENT OF THE UNITED STATES, 2020, p. 14). In what follows, I argue that the opposition to recent Inter-American Court rulings is motivated by the Inter-American Court decisions in *Artavia Murillo v. Costa Rica* and the same-sex marriage advisory opinion, along with related disputes over gender and sexuality, reproduction, and "religious liberty." The current offensive could have lasting repercussions for international human rights jurisprudence in the Americas.

### 2.1. The Organization of American States

Problems within the OAS are legendary, yet many believe that the organization offers the best hope for safeguarding human rights in the Americas (CONTESSE, 2019; COSOY, 2019; MARCETIC, 2019). Conservative activists, as Camila Gianella points out, are targeting the OAS as part of their larger Latin American "transnational anti-abortion social movement" (GIANELLA MALCA, 2018, p. 352). In actuality, the OAS takes no official position on abortion, but pro-life and pro-family groups have mobilized ever-larger contingents to attend its annual assembly of civil society organizations (PANOTTO, 2020, p. 103; EVANGELICAL FOCUS, 2020). In 2013, for example, conservative civil society organizations mobilized to pressure the OAS: "Organizations opposed to gender rights began to attend the General Assembly meetings of the OAS in a massive and coordinated fashion [...], with the goal of blocking the adoption of binding instruments and resolutions favorable to sexual and reproductive rights" (MORAGAS, 2020, p. 39). There, they lobby the OAS and, through it, the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court, objecting to the language of "sexual and reproductive health" and to agreements that would ban discrimination against diverse families and sexual minorities (KANE, 2015).

Conservatives working in this movement reserve special antipathy toward the Inter-American Court ruling in *Artavia Murillo v. Costa Rica* because, in their view, "activist judges" used the inter-American human rights system to provide a legal justification to decriminalize abortion. Their attempts to roll back the ruling take several forms. Some simply ignore the ruling entirely, pretending it does not exist and insisting on an originalist interpretation of the American Convention on Human Rights. Others issue nonbinding consensus declarations (such as 2013 Guanajuato Declaration on In Vitro Fertilization, mentioned above, or the 2020 Geneva Consensus Declaration), which serve to generate talking points and foster "transnational legitimacy" (YAMIN, DATTA and ANDIÓN, 2018, p. 567; MORGAN, 2019). Some put political pressure on officers of the OAS, forcing them to meet

pro-life litmus tests[10] and appoint pro-life commissioners and judges. By 2018, Human Life International could report that "the pro-life and pro-family civil society organizations have established a solid presence at the OAS" (YOSHIHARA, 2018). They are also recruiting an ever-larger network of transnational actors to bring pressure on the OAS.

Some of these strategies are coordinated by ADF International, an ultraconservative legal advocacy organization with evangelical roots (see KANE, 2015; YAMIN, DATTA, and ANDIÓN, 2018). ADF received accreditation from the OAS in 2014. When the United States cut US$210,000 from the OAS budget in 2019, accusing the Inter-American Commission of lobbying to legalize abortion, ADF boasted that it "helped create language that resulted in the US government cutting taxpayer funding to OAS for promoting abortion" (ADF INTERNATIONAL, n.d.; MORELLO, 2019).[11] ADF alleges that the OAS promotes abortion overseas, engages in pro-abortion "cultural imperialism," and intervenes "in the national sovereignty of Member States" (ADF INTERNATIONAL, 2019). Conservative parliamentarians and legislators across the Americas make similar allegations. In 2016, for example, two US Republican senators criticized the OAS for its pro-abortion "cultural imperialism" in Latin America and said that the Inter-American Court had "imposed" IVF on Costa Rica. They further asserted that the right to life should be a sovereign matter (CHRETIEN, 2016). In 2018, a group of US senators urged US Secretary of State Pompeo to cut off funding to the OAS, writing that "sovereignty is the inherent right of nations to live according to their own values. No right is more central to the self-determination of a nation than the right to life" (LANKFORD, TILLIS and ENZI, 2018).

Attacks against the OAS reached a new level in April 2019, when the government of Chile – joined by Argentina, Brazil, Colombia, and Paraguay – sent a statement to the Inter-American Commission on Human Rights asking for greater deference and judicial sovereignty. They called for the inter-American human rights system to respect national sovereignty, autonomy, and the decisions of national constitutional courts. Coming as it did from Latin American countries that had recently emerged from decades of military dictatorship, the statement sent "shock waves through the Latin American human rights community" (CONTESSE, 2019, p. 376). Human rights advocates were quick to defend the inter-American human rights system

10 In 2020, Luis Almagro, who was running for a second term as secretary general of the OAS, was persuaded by pro-life groups to state his support for the notion that the right to life is a fundamental right (ROBERTSON, 2020).

11 After the United States cut off funds to the OAS in 2019, it circulated a letter among UN member states asking them to "join the United States in ensuring that every sovereign state has the ability to determine the best way to protect the unborn and defend the family" (FORD, 2019). This gave the appearance of weaponizing US foreign assistance in the service of ADF International's pro-life and pro-family mission.

(AMNESTY INTERNATIONAL, 2019), but the point had been made: conservatives could use pro-life, pro-family arguments to mount a coordinated, high-profile challenge to the inter-American human rights system.

The call for national sovereignty is especially striking, because it implies that Inter-American Court decisions need not be considered binding. A 2020 report from the US Department of State to the UN Human Rights Council states it clearly: "The United States believes in the sovereign right of nations to make their own laws to protect the unborn, and rejects any interpretation of international human rights to require any State to provide access to abortion" (GOVERNMENT OF THE UNITED STATES, 2020). Conservatives prefer "ordinary democratic politics and the legitimate exercise of national sovereignty" – such as referendums, legislation, and national courts where they hope to prevail – over what they call "rights claims that seek to bypass democratic institutions and processes" (US STATE DEPARTMENT, 2020). In other words, they do not want supranational human rights courts such as the Inter-American Court to have the final word. Because "there is no global Supreme Court," one law professor argues, a regional court (such as the Inter-American Court) does not "have the independent authority to compel compliance with their rulings" (COLLETT, 2019, p. 249). Ligia Castaldi, an anti-abortion legal scholar at the Ave Maria School of Law, asserts that sexual and reproductive rights advocates exploit the courts to achieve rulings that never would have been possible through legislative means or plebiscite. "It's easier to obtain consensus among a small group of nine or seven judges," she says, than to convince the populace to "authorize the destruction of unborn children" ("Especialista analiza en libro leyes proaborto", 2020). The ultimate goal of these conservatives is to limit the scope and power of the inter-American human rights system and give states the final authority to determine life and family matters.

Such multipronged pressure on the OAS has resulted in several changes. There are now more Christian evangelicals and pro-life, pro-family civil society organizations at annual OAS gatherings than ever before (PANOTTO, 2020). In 2019, the Holy See won permanent observer status for its representative to the OAS (MORAGAS, 2019), and a Guatemalan pro-life attorney was elected to the Inter-American Commission on Human Rights for a three-year term (RAMOS, 2019). In 2020, OAS Secretary General Luis Almagro survived pro-life opposition to his re-election bid when he issued a statement that the right to life is "fundamental" and allowed the OAS General Assembly to declare October 27 as International Day of Religious Freedom (EVANGELICAL FOCUS, 2020). By 2020, the anti-abortion lobby had learned how to hold the OAS hostage to its demands.

### 2.2. Pompeo's Commission on Unalienable Rights

Another attack on rights-based approaches came in July 2019, when US Secretary of State Pompeo announced the creation of a Commission on Unalienable Rights, charged with providing "fresh thinking about human rights discourse where such discourse has departed from

our nation's founding principles of natural law and natural rights" (US DEPARTMENT OF STATE, 2019). Some of the members of Pompeo's commission wanted to develop a framework that would allow all sovereign nations to interpret international human rights obligations as they pleased. If successful in the long term, this strategy could undermine the authority of supranational human rights courts. The commission was headed by Mary Ann Glendon, who has worked closely with another commission member, Notre Dame law professor Paolo Carozza, to make the case that Latin America has a special tradition of human rights based in social Catholicism. In a series of articles, Glendon and Carozza argued that Latin Americans' unique vision of human rights (including the right to life of embryos and fetuses) has yet to be fully realized (see MORGAN, 2014). It is no surprise, then, that the commission included several individuals known for their anti-abortion views. Its existence formed part of a transnational strategy to escalate attacks against an allegedly activist and ideological inter-American human rights system. The commission's final report, issued in August 2020, proposed a hierarchy of rights beginning with property rights and the right to religious liberty. It offered language that could bolster national sovereignty with respect to human life and human dignity, religious liberty, and heteronormative notions of family, marriage, pregnancy, and sexual morality, although it stopped short of condemning reproductive and sexual rights in strong terms.

The commission's report laid the groundwork to contest a concept known as conventionality control. This doctrine, created in 2006, holds that "all domestic judges must follow the Inter-American Court's interpretation of the American Convention" (CONTESSE, 2018). Under the doctrine of conventionality control, decisions by the Inter-American Court overrule those decided by domestic courts and are binding on all states that have ratified the American Convention. As upholder of the court's mandates, Costa Rica has always abided by the doctrine of conventionality control. It was thus disingenuous for US Senators Marco Rubio and Mike Lee to assert, as they did in 2016, that "[w]hatever one's views about IVF, there is no justification for an international entity to impose its views on this issue on Costa Rica" (CHRETIEN, 2016). Many conservative legal activists reject conventionality control, to greater or lesser degrees. One of the more extreme critiques is voiced by Stefano Gennarini of C-Fam, who lambasts the Inter-American Court for claiming that its decision is binding on other countries of the Americas "under a legal doctrine of 'constitutionality control.'" Gennarini continues, "The Court effectively saw itself as ordering all countries in Central and South America to allow homosexual marriage, transgender laws, and government sanctioned artificial reproduction as flowing from the nondiscrimination provision in the convention" (GENNARINI, 2020).

In what could be seen as a challenge to conventionality control, Pompeo's commission called for a "margin of appreciation" that would allow "[n]ation-states [to] have some leeway to base their human rights policy on their own distinctive national traditions" (US DEPARTMENT OF STATE, 2020, p. 55). ADF International made precisely this argument in 2012, in response to *Artavia Murillo v. Costa Rica*:

> the Court should grant Costa Rica a "margin of appreciation," whereby it may decide the best way to protect the life of a developing human being, and that the Court should not exceed its authority by intruding upon an area that is solely within the competence of Costa Rica. (In other words, the Court should not impose a supranational *Roe v.Wade*-type decision on a sovereign nation, while disregarding the explicit text of the governing document.) (ALLIANCE DEFENSE FUND, 2012b)

It is both tempting and plausible to read the commission's report as outlining the political philosophy that could redress *Artavia Murillo v. Costa Rica*. From its opening pages, the report elevates the concept of national sovereignty, stating that "the securing of unalienable rights begins with the independence and sovereignty that enable a people to determine its own course and take responsibility for its decisions" (US DEPARTMENT OF STATE, 2020, p. 2). Later, the report makes the case that states are "legally bound" to abide by "certain norms of international human rights law" only "when that consent emerges from the constitutionally prescribed process" (US DEPARTMENT OF STATE, 2020, p. 33). In other words, a state is not obligated to comply with international court mandates which it deems unconstitutional. This is an understated rendering of a sentiment expressed earlier by Carozza, a member of the commission, who wrote, "there must exist a significant space for each state's constitutional self-determination within the inter-American system, especially in those states with healthy democratic political institutions and a consolidated rule of law" (CAROZZA and GONZÁLEZ, 2017, p. 437). Carozza is known to be a critic of *Artavia Murillo v. Costa Rica*, which he described as, "by a considerable measure, the worst decision on the protection of embryonic human life ever issued [by] an international court" (quoted in MORGAN, 2019, p. 6). When he defended the idea of guarding "space for each state's constitutional self-determination within the inter-American system," Carozza effectively argued that Costa Rica is exceptional and that the decisions of its capable constitutional court should be above Inter-American Court scrutiny. He and his co-author went on to single out the Inter-American Court's IVF ruling: "the [Inter-American] Court does not always respect the spaces of local freedom that states must have in the local interpretation of human rights in legitimate, democratic, constitutional systems (the 2012 *Artavia Murillo v. Costa Rica* case providing a particularly egregious example)" (CAROZZA and GONZÁLEZ, 2017, p. 441). This is precisely the argument made in the amicus brief that ADF International and others filed with the Inter-American Court, which cites the "impeccability of the Costa Rican democratic system." This is one reason, ADF claims, that the "Inter-American Court should grant Costa Rica a margin of appreciation, so that this State may decide the best way of protecting the life of a developing human being" (ALLIANCE DEFENSE FUND, 2012a, p. 2). The Commission on Unalienable Rights' report took up this idea, writing that the United States:

> counsels considerable deference to the decisions of democratic majorities in other countries, recognizing that self-governance may lead them to set their own distinctive priorities. The US promotion of fundamental rights should always be sensitive to the outcomes of ordinary democratic politics and the legitimate exercise of national sovereignty, and wary of rights claims that seek to bypass democratic institutions and processes. (US DEPARTMENT OF STATE, 2020, p. 56)

By this logic, Costa Rica's Sala IV could set its own "distinctive priorities" about the beginnings of life and personhood (MORGAN, 2019). If the Inter-American Court had respected the Costa Rican court's decisions to ban IVF, same-sex marriage, and therapeutic abortion, the profile of Latin American sexual and reproductive rights would look quite different than it does today.

The Commission on Unalienable Rights' report drew virulent criticism from a vast swath of the human rights community, including myself (MORGAN, 2021), charging that it was written in bad faith and could not be separated from the "political agenda it serves." In our reading, the report offers language and strategies that could result in weakening the concept of universality in inter-American human rights, empowering nation-states to ignore international laws with which they disagree.

## Conclusion

As a small democracy with a mighty reputation, Costa Rica sits at the symbolic center of inter-American sexual and reproductive rights lawfare due to its unique history and stature. Of course this landscape is complex, transnational, and ever-evolving, which means that no single country can capture the big picture (GIANELLA MALCA, 2018; PEÑAS DEFAGO, MORÁN FAÚNDES and VAGGIONE, 2018). Nevertheless, events related here demonstrate Costa Rica's prominent (and sometimes overlooked role) in inter-American lawfare. The Inter-American Court of Human Rights is located in the heart of San José, and the country enjoys a reputation as a beacon of human rights. When the Sala IV banned IVF, prohibited same-sex marriage, and prevented therapeutic abortion, pro-life conservatives hoped it would mark the beginning of a wave of similar policies. But petitioners appealed to the inter-American human rights system, which repeatedly struck down the decisions of the constitutional court. Conservatives were dismayed by Inter-American Court rulings that dramatically expanded reproductive and sexual rights across the continent.

These actions have prompted a backlash on the part of transnational pro-life and pro-family activists who hope to capitalize on Costa Rica's stellar human rights reputation as they pressure the OAS and work to reset inter-American human rights law. Prominent Costa Ricans have proven willing to help; in 2019, former Costa Rican President Miguel Ángel Rodríguez called for Costa Rica to lead a movement to enshrine fetal rights in the American

Convention on Human Rights. Rodríguez, a devout Catholic and short-lived secretary general of the OAS, used the occasion of the twenty-year anniversary of the National Day of Life before Birth to invite Costa Rica to file a formal reservation to the American Convention on Human Rights, stating that the country would not abide by any decision that violates its defense of the unborn. He suggested that Costa Rica should propose an amendment to the convention that would declare the inviolability of human life from the moment of conception. He wants to prevent the Inter-American Court from "creating rights," in his words, without first obtaining consent from the member states (RODRÍGUEZ, 2019). As we follow the evolution of transnational pro-life and pro-family movements and strategies across Latin America, it will be important to keep an eye on what happens in Costa Rica.

**ACKNOWLEDGMENTS**

*The author would like to thank Angélica Peñas Delfago, Soledad Díaz Pastén, María Carranza, and Gabriela Arguedas for their insights into events described here, although responsibility for the article's content is hers alone. All Spanish-language translations are her own.*

## REFERENCES

ACOSTA GAMBOA, Andrea. *Bioética y derecho (fecundación in vitro)*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2013.

ADF INTERNATIONAL. *Historical Highlights*. n.d. Available at: https://adfinternational.org/who-we-are/historical-highlights.

ADF INTERNATIONAL. *US Government Cuts Taxpayer Funding to OAS for Promoting Abortion, Other Countries May Follow Suit*. April 1 2019. https://adfinternational.org/news/us-government-cuts-taxpayer-funding-to-oas-for-promoting-abortion-other-countries-may-follow-suit.

ALLIANCE DEFENSE FUND. *Brief of Amici Curiae*. 2012a. Available at: http://www.adfmedia.org/files/IVF-CostaRicaAmicus-English.pdf.

ALLIANCE DEFENSE FUND. *Murillo et al. v. Costa Rica:* Protecting Life "from Conception" in the Inter-American System. 2012b. Available at: http://www.adfmedia.org/files/2012-05-08_Costa_Rica_Update.pdf.

ALVARADO QUESADA, Carlos; PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. *Gobierno nacional*: acuerdo por la esperanza, la equidad y el desarrollo. 2018. Available at: https://semanariouniversidad.com/wp-content/uploads/2018/03/Acuerdo-Gobierno-Nacional.pdf.

AMNESTY INTERNATIONAL. *Inter-American System Is Crucial for Guaranteeing Human Rights in the Region*. April 24 2019. Available at: https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/04/americas-sistema-interamericano-fundamental-para-derechos-humanos.

ARAYA, Jorge. Religión gana terreno en la política y se demora avance hacia un Estado laico. *Semanario Universidad*, June 1 2015. Available at: http://semanariouniversidad.ucr.cr/pais/religion-gana-terreno-en-la-politica-y-se-demora-avance-hacia-un-estado-laico.

ARGUEDAS ORTIZ, Diego. Costa Rican Women Try to Pull Legal Therapeutic Abortion Out of Limbo. *IPS News*, 24 June 2015. Available at: http://www.ipsnews.net/2015/06/costa-rican-women-try-to-pull-legal-therapeutic-abortion-out-of-limbo.

ARGUEDAS RAMÍREZ, Gabriela. La violencia obstétrica: Propuesta conceptual a partir de la experiencia costarricense. *Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe*, v. 11, n. 1, p. 155-180, 2014.

ARGUEDAS RAMÍREZ, Gabriela; MORGAN, Lynn M. The Reproductive Rights Counteroffensive in Mexico and Central America. *Feminist Studies*, v. 43, n. 2, p. 423-437, 2017.

ARROYO NAVARETTE, Larissa. Incest Case Attests That, in Costa Rica, Abortion Is Legal in Name Only. *The Conversation*, 11 April 2017. Available at: https://theconversation.com/incest-case-attests-that-in-costa-rica-abortion-is-legal-in-name-only-75766.

BECKWITH, Francis J. Natural Law, Catholicism, and the Protestant Critique: Why We Are Really Not That Far Apart. *Christian Bioethics*: Non-Ecumenical Studies in Medical Morality, v. 25, n. 2, p. 154-168, 2019.

BERGALLO, Paola. Del fracaso del giro procedimental a la inviabilidad del modelo de causales. *In*: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Jaramillo; VAGGIONE, Juan (ed.). *El aborto en América Latina:* estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.

BOSQUE, Diego. Obispos piden que se discuta norma técnica para aborto terapeútico en Asamblea Legislativa. *AmeliaRueda*, December 17 2019. Available at: https://www.ameliarueda.com/nota/obispos-piden-se-discuta-norma-tecnica-para-aborto-terapeutico-diputados.

BRYSK, Alison. Global Good Samaritans? Human Rights Foreign Policy in Costa Rica. *Global Governance*, v. 11, n. 4, p. 445-466, 2005.

CANCILLERÍA DE CHILE. *Comunicado de Prensa Ministerior de Relaciones Exteriores* – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos. April 11 2019. Available at: https://www.minjusticia.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de-justicia-y-derechos-humanos-sobre-sistema-interamericano-de-derechos-humanos.

CARIBONI, Diana. Attack the OAS: Inside the Ultra-Conservative War on the Inter-American Human Rights System. *Open Democracy*, December 5 2019. Available at: https://www.opendemocracy.net/en/5050/attack-oas-inside-ultra-conservative-war-inter-american-human-rights-system/.

CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 436-442, 2017.

CARRANZA, María. The Therapeutic Exception: Abortion, Sterilization and Medical Necessity in Costa Rica. *Developing World Bioethics*, v. 7, n. 2, p. 55-63, 2007.

CAVALLARO, James L. *et al*. *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *A.N. v Costa Rica,* n.d. Available at: https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/AN_v_Costa_Rica_Spanish.pdf.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *Unspeakable Cruelty*. September 6 2013. Available at: http://www.reproductiverights.org/story/unspeakable-cruelty-in-costa-rica.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hace un llamado para un mejor acceso a servicios de salud reproductiva*. October 25 2017. Available at: https://reproductiverights.org/centro-de-prensa/la-comisi%C3%B3n-interamericana-de-derechos-humanos-hace-un-llamado-para-un-mejor-acceso

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *Inter-American Commission on Human Rights Files Case of Manuela vs. El Salvador before the Inter-American Court of Human Rights*. October 10 2019. Available at:

https://www.reproductiverights.org/press-room/inter-american-commission-human-rights-filed-case-manuela-vs-el-salvador-inter-american.

CEPAL. *Leyes sobre el aborto*. n.d. Available at: https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-sobre-aborto.

CEPAL. *Regional Review and Appraisal of Implementation of the Beijing Declaration and Platform for Action and the Outcome of the Twenty-Third Special Session of the General Assembly (2000) in Latin American and Caribbean Countries*. Santiago: United Nations, 2015.

CHACÓN, Eysel. Nació la primera bebé fecundada por invitro en la CCSS. *Costa Rica Medios*, April 19 2020. Available at: https://costaricamedios.cr/2020/04/19/esta-noche-nacio-la-primera-bebe-fecundada-por-fiv-en-la-ccss/.

CHRETIEN, Claire. Senators Slam US-Funded OAS for Pro-Abort 'Cultural Imperialism' in South America. *LifeSite News*, October 5 2016. Available at: https://www.lifesitenews.com/news/us-senators-denounce-org.-of-american-states-anti-family-agenda-in-south-am.

COLECTIVA POR EL DERECHO A DECIDIR. *CIDH interpela a Costa Rica por embarazo forzado*: Casi expira plazo de respuesta. n.d. Available at: https://www.cddperu.org/informacion/noticias/cidh-interpela-costa-rica-por-embarazo-forzado-casi-expira-plazo-de-respuesta.

COLECTIVA POR EL DERECHO A DECIDIR. *Interrupción terapéutica del embarazo*: Aportes para la reflexión. San José: Asociación Colectiva por el Derecho a Decidir, 2009.

COLLETT, Teresa Stanton. Against Ideological Colonization: The Teaching of Humanae Vitae and a Humanely Adequate Global Ethic. *In*: NOTARE, Theresa (ed.). *Humane Vitae, 50 Years Later*. Washington, DC: Catholic University of America Press, 2019.

CONTESSE, Jorge. Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*, v. 79, p. 123-145, 2016.

CONTESSE, Jorge. The Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on Gender Identity and Same-Sex Marriage. *ASIL (American Society of International Law) Insights*, v. 22, n. 9, 2018.

CONTESSE, Jorge. Conservative Governments and Latin America's Human Rights Landscape. *AJIL Unbound*, v. 113, p. 375-379, 2019.

CORRALES, Melany. Sala IV estudiará acción contra norma técnica del aborto terapéutico. *SINART Costa Rica Medios*, April 21 2020. Available at: https://costaricamedios.cr/2020/04/21/sala-iv-

estudiara-accion-contra-norma-tecnica-del-aborto-terapeutico/.

CORRÊA, Sonia; PARKER, Richard. Preface. *In*: MORAGAS, Mirta. *Políticas antigénero en América Latina*: El caso de la Organización de los Estados Americanos *(OEA)*. Rio de Janeiro: Observatorio de Sexualidad y Política, 2020.

COSOY, Natalio. ¿Qué y quién está detrás de la avanzada para limitar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? *France 24*, June 26 2019. Available at: https://www.france24.com/es/20190625-limites-sistema-interamericano-ddhh-oea.

CROCKIN, Susan L.; RIBAS, Delia; ESCALANTE, Gerardo. Costa Rica's Absolute Ban on In Vitro Fertilization Deemed a Human Rights Violation: Implications for U.S. Assisted Reproductive Technology Policy and 'Personhood' Initiatives. *Fertility and Sterility*, v. 100, n. 2, p. 330-333, 2013.

DE JESÚS, Ligia M.; OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge; TOZZI, Piero A. El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro): La redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana. *Prudentia Iuris*, v. 75, p. 135-164, 2013.

DELOACH, Andrew R. Saving Human Rights from the Human Rights Movement. *Public Discourse*: The Journal of the Witherspoon Institute, December 9, 2019.

DE ZORDO, Silvia; MISHTAL, Joanna. Physicians and Abortion: Provision, Political Participation and Conflicts on the Ground: The Cases of Brazil and Poland. *Women's Health Issues*, v. 21, n. 3, p. S32-S36, 2011.

DÍAZ, Luis Eduardo. Gobernación pide a Radio Fides sacar del aire campaña contra FIV. *La Nación*, June 28 2011. Available at: http://www.nacion.com/archivo/Gobernacion-Radio-Fides-campana-FIV_0_1204279706.html.

ESPECIALISTA analiza en libro leyes proaborto y Convención Americana de Derechos Humanos. *ACI Prensa*, June 7 2020. Available at: https://www.aciprensa.com/noticias/especialista-analiza-en-libro-leyes-proaborto-y-convencion-americana-de-derechos-humanos-39596.

EVANGELICAL FOCUS. OAS General Assembly Calls Its Members to Protect Religious Freedom. *Evangelical Focus*, October 23 2020. Available at: https://evangelicalfocus.com/world/8657/oas-calls-its-members-to-protect-religious-freedom.

FRANCE 24. ¿Quién quiere limitar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? *RFI*, June 27 2019. Available at: http://www.rfi.fr/es/americas/20190627-quien-quiere-limitar-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos.

FUENTES BELGRAVE, Laura. Politización evangélica en Costa Rica en torno a la agenda 'provida': ¿Obra y gracia del Espíritu Santo? *Revista Rupturas*, v. 9, n. 1, p. 82-103, 2019.

GENNARINI, Stefano. UN human rights boss congratulates Costa Rica on political upheaval over gay 'marriage'. *LifeSite News*, May 29 2020. Available at: https://www.lifesitenews.com/news/un-human-rights-boss-congratulates-costa-rica-on-political-upheaval-over-gay-marriage.

GIANELLA MALCA, Camila. Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina. *In*: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Jaramillo; VAGGIONE, Juan (ed.). *El aborto en América Latina*: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.

GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina. "The Health Exception": A Means of Expanding Access to Legal Abortion. *Reproductive Health Matters*, v. 20, n. 40, p. 22–29, 2012.

GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina; MELO ARÉVALO, Carolina; MARTÍNEZ LONDOÑO, Juliana. Eliminating Abortion from Criminal Law in Colombia: A Just Cause. *Health and Human Rights Journal*, v. 21, n. 2, p. 85-96, 2019.

GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina; ORTIZ-ORTEGA, Adriana; RAMOS, Silvina. *Causal salud:* interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos. 2008. CLACAI.

GOVERNMENT OF THE UNITED STATES. *National Report Submitted in accordance with Paragraph 5 of the Annex to Human Rights Council Resolution 16/21*. United Nations Human Rights Council. UN Doc. A/HRC/WG.6/36/USA/1, 2020.

HUMAN RIGHTS WATCH. *International Human Rights Law and Abortion in Latin America*. New York: Human Rights Watch, 2020.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Inter-American Court Urges All States to Adopt Comprehensive, Immediate Measures to Respect and Protect Women's Sexual and Reproductive Rights*. October 23 2017. Available at: https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/165.asp.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Artavia Murillo et al. ("in Vitro Fertilization") v. Costa Rica*. 2012. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_ing.pdf.

INTER-AMERICAN Human Rights Court Backs Same-Sex Marriage. *BBC News*, January 10 2018. Available at: https://www.bbc.com/news/world-latin-america-42633891.

KANE, Gillian. Latin America in the Crosshairs: Alliance Defending Freedom Takes Aim. *Political Research Associates*, July 13 2018. Available at: https://www.politicalresearch.org/2015/07/13/latin-america-crosshairs.

KUKLA, Kevin. The Real Reason IVF Is Facing Possible Legalization in Costa Rica. *Life Site News*, November 28 2012. Available at: https://www.lifesitenews.com/opinion/the-real-reason-ivf-is-facing-possible-legalization-in-costa-rica.

LANKFORD, James; TILLIS, Thom; ENZI, Michael B. *Letter to U.S. Secretary of State Mike Pompeo*. December 21 2018. Available at: https://www.lankford.senate.gov/imo/media/doc/OAS%20letter%20to%20Sec%20Pompeo.pdf.

LARA SALAS, Juan. Mujeres retoman en Comisión Interamericana de Derechos Humanos lucha por aborto terapéutico. *La Nación*, July 20 2018. Available at: https://www.nacion.com/el-pais/gobierno/mujeres-retoman-en-comision-interamericana-de/MLJJFH3WPRH5FLW7ZWRDCK4L2E/story/.

LEAL, Alejandro. *The Fall of the Inter-American Court of Human Rights*. Truth and Charity Forum, March 25 2013. Available at: http://www.truthandcharityforum.org/the-fall-of-the-inter-american-court-of-human-rights/.

LEMAITRE, Julieta; SIEDER, Rachel. The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case against Costa Rica. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 149-160, 2017.

LUNA, Florencia; WOLF, Allison B. Challenges for Assisted Reproduction and Secondary Infertility in Latin America. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, v. 7, n. 1, p. 3-27, 2014.

MADRIGAL, Luis Manuel. Sala IV rechaza recurso de diputados contra la norma técnica. *Delfino*, January 24 2020. Available at: https://delfino.cr/2020/01/sala-iv-rechaza-recurso-de-diputados-contra-la-norma-tecnica.

MARCETIC, Branko. How the Leader of the OAS Became a Right-Wing Hawk – and Paved the Way for Bolivia's Coup. *In These Times*, November 21 2019. Available at: https://inthesetimes.com/article/oas-bolivia-coup-venezuela-maduro-trump-luis-almagro.

MARÍN, Douglas. Aborto terapéutico genera polémica tras casi 50 años de legalizado en Costa Rica. *Agencia EFE*, September 26 2019. Available at: https://www.efe.com/efe/america/sociedad/aborto-terapeutico-genera-polemica-tras-casi-50-anos-de-legalizado-en-costa-rica/20000013-4073420.

MARÍN MORA, Alejandro Alfieri; MORALES MUÑOZ, Karla. La interrupción terapéutica del embarazo como derecho humano a la salud: Un análisis desde el bioderecho. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 6, n. 1, p. 167-179, 2017.

MARINO, Katherine M. *Feminism for the Americas*: The Making of an International Human Rights Movement. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2019.

MOLINA JIMÉNEZ, Iván. Innovaciones electorales. *La Nación*, January 17 2014. http://www.nacion.com/opinion/foros/Innovaciones-electorales_0_1391060893.html.

MORAGAS, Mirta. La instalación de una oficina permanente del Vaticano en la OEA y las amenazas para los derechos sexuales y reproductivos. *La Mala Fe*, November 14 2019. https://www.lamalafe.lat/la-instalacion-de-una-oficina-permanente-del-vaticano-en-la-organizacion-de-estados-americanos-oea-y-las-amenazas-para-los-de-derechos-sexuales-y-reproductivos.

MORAGAS, Mirta. *Políticas antigénero en América Latina*: El caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Rio de Janeiro: Observatorio de Sexualidad y Política, 2020.

MORELLO, Carol. Pompeo Cuts OAS Funds over Advocacy of Legal Abortion. *Washington Post*, March 26 2019.

MORGAN, Lynn M. Claiming Rosa Parks: Conservative Catholic Bids for "Rights" in Contemporary Latin America. *Culture, Health and Sexuality*, v. 19, n. 2, p. 1-15, 2014.

MORGAN, Lynn M. The Dublin Declaration on Maternal Health Care and Anti-Abortion Activism: Examples from Latin America. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 41-53, 2017.

MORGAN, Lynn M. "Human Life Is Inviolable": Costa Rica's Human Rights Crucible. *Medical Anthropology*, v. 38, n. 6, p. 493-507, 2019.

MORGAN, Lynn M. Global Anti-Abortion Coalition Targets the Organization of American States. *NACLA Report on the Americas*, 2021. Available at: https://nacla.org/news/2021/06/04/global-anti-abortion-coalition-targets-organization-american-states.

MURILLO, Alvaro. Costa Rica y la Corte Interamericana cumplen, entre presiones, 40 años de una relación estrecha. *Semanario Universidad*, July 17 2018.

NAVARRO DEL VALLE, Hermes. *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro*. San José: Promesa, 2001.

OSPINA DE FONSECA, Helena. Incongruencias del fallo de la CIDH. *CoRis: Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, v. 9, p. 27-28, 2013.

PANOTTO, Nicolás. Incidencia religiosa en clave multilateral: La presencia de redes políticas evangélicas en las asambleas de la OEA. *Cultura y Religión*, v. 14, n. 1, p. 100-120, 2020.

PECHENY, Mario; FIGARI, Carlos; JONES, Daniel. *Todo sexo es político*: Estudios sobre sexualidades en Argentina. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2008.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica. "Las 17": Estrategias legales y políticas para legalizar el aborto en El Salvador. *Revista de Bioética y Derecho*, v. 43, n. 91-107, 2018.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica; MORÁN FAÚNDES, José Manuel; VAGGIONE, Juan Marco. *Conservadurismos religiosos en el escenario global*: Amenazas y desafíos para los derechos LGBTI. New York: Global Philanthropy Project, 2018.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL MINISTRO DE SALUD. *Norma técnica para el procedimiento médico vinculado con el Artículo 121 del Código Penal*: Decreto ejecutivo número 42113-S. 2019. Available at: https://www.ministeriodesalud.go.cr/sobre_ministerio/prensa/uci_decreto_ejecutivo_nt_42113_s.pdf.

PRIESTS FOR LIFE. *Priests for Life Accredited by the Organization of American States*. 2020. Available at: https://www.priestsforlife.org/international/oas.aspx.

RAMOS, David. ¿Qué significa que el nuevo miembro de la CIDH sea provida? *ACI Prensa*, July 2 2019. Available at: https://www.aciprensa.com/noticias/que-significa-que-el-nuevo-miembro-de-la-cidh-sea-provida-75907.

RIVERA JUARISTI, Francisco. *The Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights (1982–2013)*. 2014. Available at: https://ssrn.com/abstract=2488073.

ROBERTSON, Geoffrey. *The Case of the Pope*: Vatican Accountability for Human Rights Abuse. London: Penguin Books, 2010.

ROBERTSON, Prudence. *Pro-Life Leaders Commend OAS Secretary General Luis Almagro for Stating That Right to Life Is a Fundamental Right*. Susan B. Anthony List, March 10 2020. Available at: https://www.sba-list.org/newsroom/press-releases/pro-life-leaders-commend-oas-secretary-general-luis-almagro-for-stating-that-right-to-life-is-a-fundamental-right.

RODRÍGUEZ, Miguel Angel. Vida antes de nacer. *La República*, August 5 2019. Available at: https://www.larepublica.net/noticia/vida-antes-de-nacer-2019-08-04-08-11-08.

SABATINI, Christopher. Why Congressional Republicans Should Support the Inter-American Commission on Human Rights. *Global Americans*, March 1 2019. Available at: https://theglobalamericans.org/2019/03/why-congressional-republicans-should-support-the-inter-american-commission-on-human-rights.

SAGOT RODRÍGUEZ, Montserrat; CABAÑAS, Ana Carcedo. Aborto inducido: Ética y derechos. *Medicina Legal de Costa Rica*, v. 19, n. 2, p. 63-77, 2002.

SALA CONSTITUCIONAL. Fecundación in vitro es inconstitucional. *La Nación*, October 12 2000. http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/sentencia.html.

SCALA, Jorge. Para recordar todos los días 10 de diciembre. *La Mañana de Córdoba*, November 23 2011. https://cnuvidayfamilia.wordpress.com/2011/11/25/para-recordar-todos-los-dias-10-de-diciembre/.

TARACENA, Rosario. Social Actors and Discourse on Abortion in the Mexican Press: The Paulina Case. *Reproductive Health Matters*, v. 10, n. 19, p. 103-110, 2002.

TOZZI, Piero. The Inter-American Court versus the Rule of Law. *C-Fam*, December 27 2012. Available at: https://c-fam.org/friday_fax/the-inter-american-court-versus-the-rule-of-law/.

UNITED NATIONS POPULATION FUND. *In Costa Rica, from Teen Mom to Girls' Rights Advocate*. December 20 2016. Available at: https://www.unfpa.org/news/costa-rica-teen-mom-girls-rights-advocate.

US DEPARTMENT OF STATE. Department of State Commission on Unalienable Rights. *Federal Register*, May 30 2019. Available at: https://www.federalregister.gov/documents/2019/05/30/2019-11300/department-of-state-commission-on-unalienable-rights.

US DEPARTMENT OF STATE. *Report of the Commission on Unalienable Rights*. Washington, DC: Department of State, 2020.

VAGGIONE, Juan Marco. (Re)acciones conservadoras. *In*: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Jaramillo; VAGGIONE, Juan (ed.). *El aborto en América Latina*: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.

VALVERDE, Rita. Mujer que acusó al Estado mantendrá demanda hasta que se aplique norma de aborto terapéutico. *Semanario Universidad*, December 12 2019. Available at: https://semanariouniversidad.

com/ultima-hora/mujer-que-acuso-al-estado-mantendra-demanda-hasta-que-se-aplique-norma-de-aborto-terapeutico/.

VATICAN NEWS. Costa Rica: Inaceptable cualquier camino que se quiera abrir para el aborto. *Vatican News*, December 12 2019. Available at: https://www.vaticannews.va/es/iglesia/news/2019-12/costa-rica-inaceptable-cualquier-portillo-quiera-abrir-aborto.html.

WORLD BANK. *Fertility Rate, Costa Rica and Contraceptive Prevalence, Modern Methods, Costa Rica*. 2020. Available at: https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.TFRT.IN?locations=CR; https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.CONM.ZS?locations=CR.

YAMIN, Alicia Ely; DATTA, Neil; ANDIÓN, Ximena. Behind the Drama: The Roles of Transnational Actors in Legal Mobilization over Sexual and Reproductive Rights. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 19, n. 3, p. 533-570, 2018.

YOSHIHARA, Susan. Abortion Activists Lose at Organization of American States. *C-Fam*, June 14 2018. Available at: https://c-fam.org/friday_fax/abortion-gay-activists-lose-organization-american-states/.

YOSHIHARA, Susan; SYLVA, Douglas A. *Rights by Stealth*: The Role of UN Human Rights Treaty Bodies in the Campaign for an International Right to Abortion. New York: International Organizations Research Group of the Catholic Family and Human Rights Institute, 2007.

ZAMORA CASTELLANOS, Fernando. Defensa constitucional de la vida en Costa Rica. *Derecho en Sociedad*, v. 4, p. 125-151, 2013.

**How to quote this article:**

MORGAN, Lynn M. Costa Rica's Oversized Role in Latin American Sexual and Reproductive Rights Lawfare. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2137. https://doi.org/10.1590/2317-6172202137

*Lynn M. Morgan*

Professor Emerita of Anthropology, Mount Holyoke College, South Hadley, Massachusetts.

*lmmorgan@mtholyoke.edu*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 26.03.2021
Aprovado: 06.09.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202138

# Abortion Lawfare in Mexico's Supreme Court: Between the Right to Health and Subnational Autonomy

*BATALHA PELO DIREITO AO ABORTO NA SUPREMA CORTE DO MÉXICO: ENTRE O DIREITO À SAÚDE E A AUTONOMIA SUBNACIONAL*

*Rachel Sieder*[1] and *Yacotzin Bravo Espinosa*[2]

**Abstract**
This article addresses Mexico's contentious politics of abortion, legal frames, and the role of the Supreme Court. In Mexico's federal system, subnational legislatures have been the principal site of abortion lawfare, with initiatives passed to both decriminalize and restrict access to abortion, pitting frames of women's rights to health against the fetal "right to life from the moment of conception." In this article we offer a detailed mapping of critical junctures in Mexico's abortion lawfare since 2007, based on a review of draft decisions, public transcripts, and final rulings of the Supreme Court. We suggest that while the Court has appeared largely reactive to different legislative initiatives and legal challenges, failing to produce definitive rulings affirming women's universal right to abortion, its assertion of federal authority and its increasingly restricted reading of the scope of states' policy-making powers has in practice favored the arguments put forward by the pro-choice movement, reaffirming and even expanding women's sexual and reproductive rights. We highlight a key area for future comparative inquiry on sexual and reproductive rights lawfare in Latin America: the interplay between supreme courts and subnational legislatures in federal systems, and the ways that this shapes movement and counter-movement framings and strategies.

**Keywords**
Abortion; criminalization; judicialization; federalism; right to life from the moment of conception.

***Resumo***
*Este artigo aborda a disputa política do aborto no México, os marcos legais e o papel da Suprema Corte. No sistema federalista do México, os legislativos subnacionais têm sido o principal local de* abortion law fare *no país, com iniciativas aprovadas tanto para descriminalizar quanto para restringir o acesso ao aborto, contrapondo estruturas dos direitos das mulheres à saúde ao "direito à vida fetal desde o momento da concepção". Neste artigo, oferecemos um mapeamento detalhado da conjuntura do* abortion law fare *no México desde 2007, com base em uma revisão de projetos de decisão, transcrições de audiências públicas e decisões finais da Suprema Corte. Sugerimos que, embora o tribunal tenha se mostrado amplamente mais reativo a iniciativas legislativas diferentes e desafios legais, falhando em produzir uma jurisprudência definitiva a favor do direito universal das mulheres ao aborto, a afirmação sobre a autoridade federal e a interpretação restritiva sobre a margem de atuação das esferas estatais, na prática, favoreceram os argumentos do movimento pró-escolha, reafirmando e até mesmo ampliando os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Destacamos uma área-chave para uma futura investigação comparativa sobre a lei dos direitos sexuais e reprodutivos na América Latina: a interação entre as cortes superiores e os legislativos subnacionais nos sistemas federalistas, bem como as maneiras como essa dinâmica molda a estrutura e as estratégias do movimento e do contramovimento.*

**1** Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), Mexico City, Mexico
https://orcid.org/0000-0002-3295-4760

**2** Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), Mexico City, Mexico
https://orcid.org/0000-0002-9298-0856

CC BY-NC

***Palavras-chave***
*Aborto; criminalização; judicialização; federalismo; direito à vida a partir do momento da concepção.*

## Introduction[1]

Across Latin America, constitutional courts and constitutional law have become central sites for lawfare battles over abortion. Gains made by the pro-choice movement have galvanized counter-movements that aim to further restrict access to abortion. As constitutional law in many countries has increasingly come to reflect international human rights, the anti-abortion camp has not only shifted from religious to rights-based arguments (VAGGIONE, 2012; MADRAZO and VELA, 2013) but has also worked to consolidate its hold within national and, in federal systems, subnational legislatures. Marta Machado and Deborah Maciel have called for "a relational approach to abortion law reform" that analyzes "pro-choice and anti-abortion mobilization in different state arenas and political contexts." They recommend a focus on "contentious politics" and on seeing change in the abortion field as a relational and dynamic political process (MACHADO and MACIEL, 2017). Different arenas – such as courts and legislatures – present different opportunity structures for movements and counter-movements, forcing them to adapt their strategies, framing, and tactics in response both to the nature of those arenas and to one another. A focus on political process reveals the interrelated nature of dynamics across these different arenas. This paper adopts such an approach, focusing on the contentious politics of abortion in Mexico and specifically on the circulation of legal frames between the Supreme Court and national and subnational legislatures. Since the historic 2007 decision of Mexico City's legislature to decriminalize abortion in the first trimester and mandate the free provision of abortion services in the capital, movement and counter-movement efforts to expand and restrict rights to legal abortion have moved between subnational legislative arenas and the Supreme Court, tracing a complex line between the limits of states' jurisdiction to determine their health and penal policies, on the one hand, and emerging national legal doctrine about health and human rights

1 Research for this article was undertaken as part of the project *Abortion Rights Lawfare in Latin America* (project number 14030) funded by the Norwegian Research Council and based at the Chr. Michelsen Institute, Bergen.

protections, on the other. The historic legislative victory for reproductive rights in Mexico City transformed the framings and strategies of Mexico's pro-choice and anti-abortion constituencies. As we show here, abortion law reform and movement/counter-movement dynamics since 2007 have been defined by two cross-cutting axes:

(1) in terms of key framing arguments, the battle has centered on the fetal "right to life from the moment of conception" versus women's right to health. Both movement and counter- movement have juris-generative pretensions, aiming not only to influence public opinion but also to shape constitutional law;

(2) with respect to changing opportunity structures, political-legal disputes around abortion since 2007 have centered on debates within the Supreme Court on the nature of the federal pact: do states in the Mexican federation have the power to define new rights or to set their own health policies? Or do federal norms and policies trump subnational autonomy in this contentious field?

Even before the 2011 constitutional reform that made international human rights instruments part of constitutional law and emphasized pro-persona and progressivity principles, opening new possibilities for judicialization, the political and cultural capital and legitimacy of Mexico's Supreme Court judges was increasingly linked to their defense of human rights. We argue that even though the court has failed to produce a definitive ruling affirming a universal right to abortion, its assertion of federal authority and its increasingly restricted reading of the scope of states' policy-making powers has in practice favored the arguments put forward by the feminist movement, which has successfully adapted its strategies to strengthen pro-choice legislation and litigation. As Alejandro Madrazo and Estefania Vela have observed, although guarantees of sexual and reproductive rights in Mexico have emerged from the legislative arena, they have frequently been reaffirmed and even expanded by the Supreme Court (MADRAZO and VELA, 2011). Our article maps movement and counter-movement dynamics across these two axes, framing and opportunity structures, between 2007 and 2020, focusing specifically on interpretative debates within the court over rights at different critical junctures (see Appendix 1).[2] To date, most of the literature on abortion rights lawfare in Mexico has focused on the historic 2007 decision to decriminalize abortion in the first trimester

2 For each of these critical junctures, we collected national press data for: (1) the month the reform was approved; (2) the month the action was presented; and (3) the month the action reached the Supreme Court. For a detailed analysis of the Supreme Court's previous ruling on abortion and the right to life from the moment of conception, see Pou Gimenez (2009).

in the capital city, and on the conservative constitutional reforms that were subsequently approved in many states of the Mexican federation. Such a focus has tended to interpret developments after 2007 as a backlash. By contrast, we suggest that analysis of the interplay between national and subnational processes across judicial and national and subnational legislative arenas requires a more process-oriented and less binary reading.[3] While elements of backlash are certainly in evidence, the complex dynamics we describe point to the need for a more nuanced view of abortion lawfare in Mexico.

## 1. Liberalization and Counter-Reaction

While President Felipe Calderón and his National Action Party (PAN) held a conservative position endorsing the idea of a "right to life from the moment of conception," in 2007 the federal government affirmed that it would not exercise a presidential veto and reiterated its respect for the autonomy of Mexico City's legislature. Following the Mexico City reforms, attempts by pro-choice and conservative groups to expand and restrict, respectively, access to legal abortion throughout the country intensified. Conservatives promoted a wave of constitutional reforms across different states of the Mexican federation to incorporate articles protecting the "right to life from the moment of conception until natural death." To date, such amendments have been approved in 20 of the country's 31 states, and conservative parties have made repeated unsuccessful attempts to include such a clause in the Mexican Constitution. In some states, these constitutional reforms were preceded or followed by attempts by pro-choice constituencies and their allies to expand the regime of exceptions for legal abortion via reforms to state penal codes to introduce a trimester regime (as had occurred in Mexico City).

Evidence from Mexican sexual and reproductive rights organizations suggests that the symbolic effects of "right to life from the moment of conception" clauses in state constitutions made access to legal abortion even more difficult and led to the increased criminalization of poor women, prosecuted in some states for the more serious crime of "kinship homicide" (GIRE, 2012, p. 6).[4] Movement and counter-movement continued to target state and national legislatures, with conservatives attempting to change the terms of debate through constitutional amendments aimed at presenting embryos as persons and hyper-penalizing abortion, and pro-choice activists attempting to secure decriminalization and the implementation of the existing regime of exceptions. While lawfare battles over abortion after 2007

3 For critiques of "backlash," see Greenhouse and Siegel (2011); Keck (2009).

4 The definition of kinship homicide, or *homicidio en razón de parentesco*, varies from state to state but covers infanticide, parricide, and filicide. It carries more severe custodial sentences than homicide.

focused on subnational legislative arenas, they were simultaneously and increasingly displaced to the Supreme Court and to a sphere of argumentation focused on division of policy-making powers, ultimately supporting a federal agenda that in recent years has strengthened women's human rights. The court's historic interpretation of 2008-2009 (spanning the public hearings and final ruling),[5] and its subsequent reaffirmation, has proved central to shaping these subnational fields of contentious politics, ultimately limiting the scope of states' jurisdiction to pass measures limiting women's reproductive health rights. In the following sections, we analyze key Supreme Court rulings in the recent trajectory of abortion rights lawfare in Mexico. These include: (1) the court's public hearings and final ruling in 2008-2009 on the constitutionality of the reforms approved by Mexico City's legislature to its penal laws and public health policies; (2) the court's deliberations and rulings in 2011 on challenges to the conservative reforms of the constitutions of the states of San Luis Potosí and Baja California; and (3) the court's deliberations and rulings in 2013 on three separate constitutional appeals presented by municipalities against "right to life from the moment of conception" constitutional reforms in the states of Querétaro, Oaxaca, and Guanajuato. We trace the different framings and arguments put forward by Supreme Court justices in these critical sentences, revealing how judicial exercises in balancing women's right to health and the fetal right to life, and in determining the scope of states' policy-making powers vis-à-vis Mexico's international human rights commitments, have strengthened women's ability to exercise their reproductive rights. We then point to the ways in which federal initiatives to address gender violence have opened new opportunities for pro-choice activists to decriminalize abortion in local penal codes, including in states that have "right to life from the moment of conception" clauses in their constitutions (see also Appendix 1).

## 2. Constitutional Challenges I: Mexico City

At the end of May 2007 at the behest of the *panista* federal government, two constitutional challenges were presented against Mexico City's trimester regime reforms.[6] The head of the

5 To decide constitutional cases, the Mexican Supreme Court first publishes an initial draft proposal or decision (known as a *proyecto*) put forward by one Justice. The Justices in session then publicly debate and vote either for or against. The elaboration of the final ruling (known as an *engrose*) is assigned to a different Justice, who exercises a considerable margin of interpretation.

6 The Supreme Court rules on the constitutionality of laws and decides whether they violate constitutional rights. Constitutional challenges can be presented by federal and state-level senators and deputies when those presenting the action make up at least 33% of the chamber in question. The attorney general and political parties can also present unconstitutionality actions. The Supreme Court also resolves constitutional controversies when a law, administrative rule, or decree assumes functions that correspond to

National Human Rights Commission, José Luis Soberanes Fernández, presented an action arguing that articles 22 and 123 of the Constitution, which refer to the right to maternal health and of gestational life, implied the right of the product of conception to protection during the gestational process. The action also rejected Mexico City's reforms on equality grounds, arguing that men should have equal rights and obligations over a pregnancy as part of their equal "right to procreate" and that there should be no difference in the protections extended to the product of conception before and after 12 weeks (GIRE, 2010, p. 19).[7] Significantly, the action also argued on other grounds, such as competence (alleging that health policy was a matter for the national Congress) and legality (arguing that certain aspects of the reformed law contradicted Mexico's federal laws and international treaty obligations, leading to a situation of "legal uncertainty").[8]

At the same time, Attorney General Eduardo Medina Mora presented an additional constitutional challenge, alleging that the definition of a criminal offense in the new law was inconsistent and that the Federal District's legislature lacked the jurisdiction to override the (federal) General Health Law. The Office of the Attorney General's action invoked the Supreme Court's nonbinding criteria P./J.14/2002, which referred to "the right to life of the product of conception," together with protections deriving from Mexico's Constitution and international treaties.[9] The action claimed that a law could not allow the privation of life of the product of conception, stating that "the right to life is the indispensable basis and condition of all other rights," and that protection could not be limited through discriminatory measures such as limits on the period of gestation (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2007). In effect, both the National Human Rights Commission and the Office of the Attorney General maintained that women's right to bodily autonomy ended at procreation, when they acquire obligations and rights toward life in gestation.

• • •

another government agency; however, such constitutional controversies can be presented only by federal executive and legislative bodies, judiciaries, legislatures and executives of the states of the federation and municipalities.

7 Individuals can present writs of *amparo* concerning a concrete violation of their constitutional rights. For a detailed analysis, see Pou Gimenez (2009).

8 For a detailed analysis, see GIRE (2010).

9 On August 18, 2000, a series of modifications to Mexico City's penal code were approved, reducing criminal charges for the crime of abortion; removing clauses related to honor (*aborto honoris causa*); and adding new extenuating circumstances (severe defects of the fetus, threats to the pregnant woman's health, and nonconsensual artificial insemination). This reform – known as the Robles Law – was challenged before the Supreme Court by deputies from the PAN and the Ecologist Green Party of Mexico (PVEM). In 2002, the Supreme Court upheld the constitutionality of the reform.

Once the battle shifted to the Mexican Supreme Court, the language of argumentation moved to the domain of the legal-technical. This signified a transformation of the political opportunity structure for movement and counter-movement. The court was facing several challenges to its legitimacy, and in March 2008, in an unprecedented move, its president announced that six public hearings would be held to hear diverse opinions from academia and organized civil society about the constitutional challenges regarding abortion. The instructing justice charged with drawing up the draft decision was Justice Salvador Aguirre Anguiano, a conservative and close ally of the PAN (he had previously run for congress on a PAN ticket) and one of the four justices who in 2002 had voted against the decriminalization of abortion in cases of rape or fetal malformation. As anticipated, Aguirre proposed striking down the reforms, with his draft decision instead supporting the rights of the unborn and barely mentioning women's autonomy or right to health (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2007).

The government of Mexico City assembled an impressive legal team to contest Soberanes's and Medina's arguments, affirming its jurisdiction to legislate on health matters and referring to international treaty obligations calling for the decriminalization of abortion. Those supporting the unconstitutionality actions argued that article 29 of the Constitution recognized that personhood begins at conception or fertilization and that the embryo is independent of the woman (GIRE, 2010, p. 32), while pro-choice advocates maintained that women's rights to health and autonomy should prevail over the supposed "rights" of the product of conception. They argued that article 4 of the Constitution recognized the right to voluntary motherhood and that women's rights to self-determination and freedom were tied to their reproductive capacities (ARANDA, 2008). They also put forward broader arguments about the right to health (citing maternal deaths due to clandestine abortions) and equity (stating that Mexico's international treaty obligations demanded that women of all economic circumstances have access to family planning and to legal and safe abortion services).

Politically, the central issue was federalism: Mexico City Mayor Marcelo Ebrard emphasized the city's jurisdiction to set its own health policies, saying that it would be unprecedented if the court overturned existing public policies designed to ensure the right to health of its inhabitants.

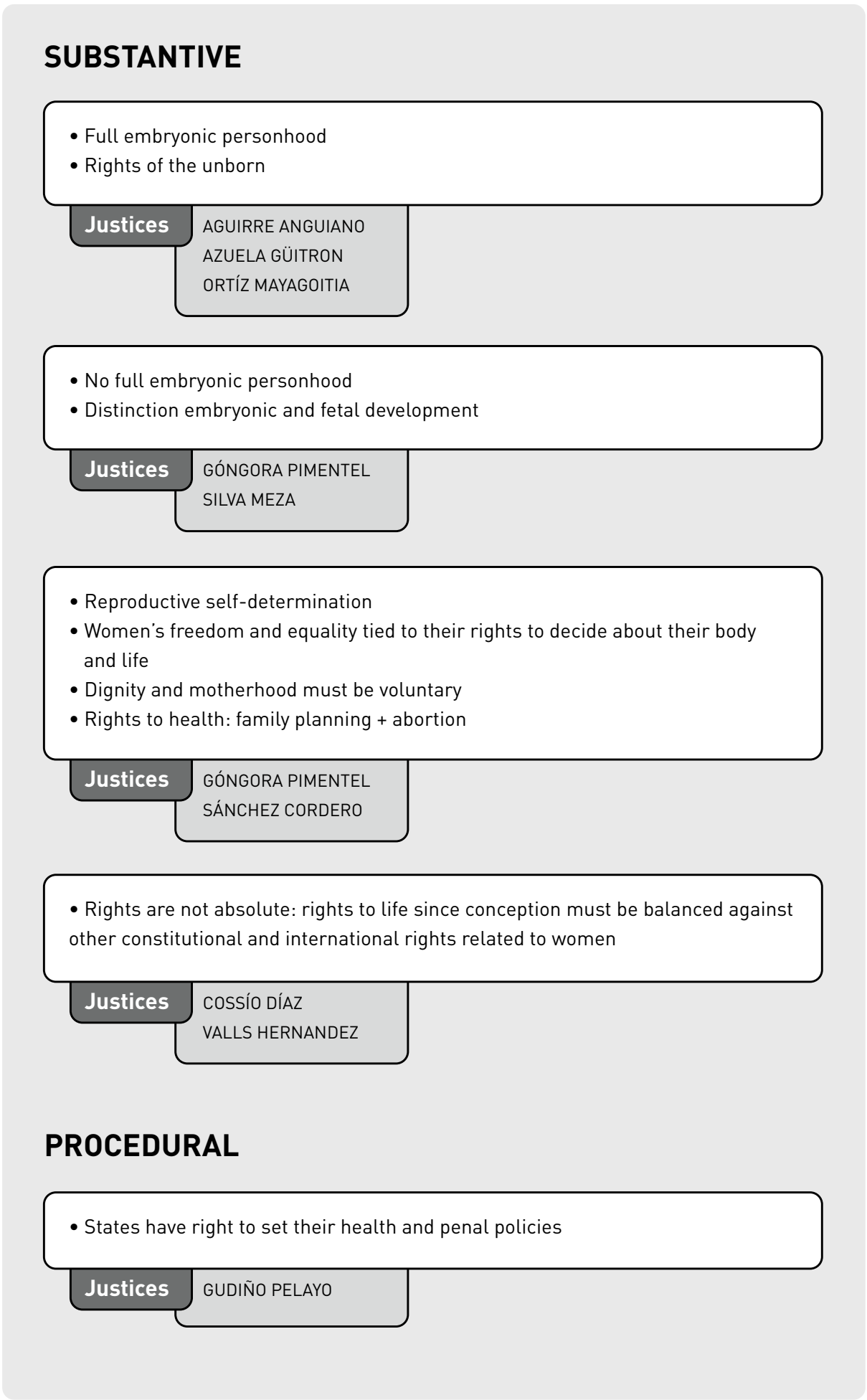
### 2.1 Supreme Court Framings in 2008

In framing their opinions, the Supreme Court justices drew on amici, expert testimonies and evidence, and legal interpretations set out in the public hearings, signaling an incipient shift toward a more dialogic engagement with movement and counter-movement. Justice Genaro Góngora Pimentel, arguing against Aguirre's draft decision, reasoned that women's human and fundamental rights are tied to sexual and reproductive rights because they are the first step to recognizing equality and the full exercise of citizenship. He argued that banning

abortion and legally forcing women to bring a pregnancy to full term was a curtailment of women's rights and freedoms that prevented them from exercising their right to equality with men (GIRE, 2010, p. 36). Justice Olga Sánchez Cordero countered the arguments advanced in the public hearings that granting women the right to terminate a pregnancy violated men's rights to fatherhood, saying that granting men the power to decide whether a woman should continue with a pregnancy she does not want would violate women's rights to freedom and equal value as a person (GIRE, 2010, p. 36). The court deliberated the central question of the right to life from the moment of conception and whether the embryo should be understood as a person with rights, ultimately leading to the reversal of its nonbinding precedent of 2002, which had referred to prenatal personhood.[10] Justice José Ramón Cossío Díaz pointed out that no rights were absolute and that the right to life from the moment of conception would have to be balanced against others and harmonized in accordance with the values protected in the Constitution (GIRE, 2010, p. 37). Justice Sergio Valls Hernández similarly observed that protection of the life of the embryo is not absolute in the Constitution or international conventions and that it must be considered together with other values protected in the Constitution, specifically those related to women. For Valls, women could not be rendered "mere instruments of the unborn life," as this would sacrifice their fundamental rights. Justice Góngora rejected full personhood of the embryo, stating that "the imposition of a subjective assessment, such as accepting that the product of conception is a person, affects the democratic state, as well as the freedom of thought and religion" (GIRE, 2010, p. 38). Justice Silva Meza pointed out that the twelve-week period for legal abortion corresponds to the initial stage of embryonic development, not fetal development (when the sensorial and cognitive abilities of the *nasciturus* develop) (GIRE, 2010, p. 38). Justices Aguirre (as the instructing justice), Mariano Azuela Güitrón, and Guillermo Ortiz Mayagoitia were the only justices who voted in favor of the draft decision – that is, against the constitutionality of Mexico City's decriminalization of abortion. Justice Gudiño's vote was central; he argued that protection of the right to life meant supporting the reforms and that beyond the diverse interpretations, the court had to respect the jurisdiction of the different entities of the country to determine how to punish common crimes (ARANDA, 2010).

10 In 2002, the court did not explicitly mention women's reproductive rights, instead placing its emphasis on the right to health (article 4 of the Constitution) and the rights of pregnant women in the workplace (article 123 of the Constitution) in order to protect the woman and the unborn child at any moment of its development.

FIGURE 1 – **KEY ARGUMENTS IN MEXICAN SUPREME COURT, 2008**




Source: Authors.

On August 28, 2008, in an 8-3 vote, the Supreme Court issued its decision upholding the constitutionality of the reforms and confirming the right of Mexico City's government to set its own health and criminal justice policies. As Paola Bergallo and Agustina Ramón Michel note, even though the court's minimalist approach failed to expand the constitutional interpretation of women's rights, its "assertion that the legislative margin of appreciation encompassed the option to eliminate the criminalization of abortion in the early stages of pregnancy constituted the most permissive approach to the constitutionalization of abortion across Latin America" (BERGALLO and RAMÓN, 2016, p. 45-46). This assertion by the court effectively transformed the structure of political and legal opportunities for pro- and anti-choice activists in the subsequent decade.

On March 2, 2009, the Supreme Court released its final ruling (known as an *engrose*), the drafting of which had been entrusted to Justice Cossío. In its ruling, the court established important precedents about the interpretation of the right to life as a non-absolute right; the decision states that while life is legally protected (*un bien jurídico*), it is not a necessary condition for the existence of other rights. It also defended the reforms as measures that protect women's rights to bodily integrity, to physical and mental health, and even to life (GIRE, 2010, p. 40). On the claim raised by the National Human Rights Commission that giving women the right to decide on abortion was a violation of men's right to fatherhood, the court stated that the continuation of an unwanted pregnancy asymmetrically affected women's life chances, and therefore the trimester reform gave women the final decision about whether to interrupt a pregnancy. The decriminalization of abortion was thus understood as a measure to reduce gender inequality (GIRE, 2010, p. 40). On the issue of federalism and the scope of states' jurisdiction, the court also rejected plaintiffs' arguments that only the federal government can decide health policy, upholding the autonomy of the capital's assembly to legislate in health matters. Although the court failed to develop a more robust ruling advancing women's rights and specifically reproductive rights (and in this sense, as Francisca Pou Gimenez (2009) observes, did not develop a strong constitutional dialogue), its deliberations on the issues of prenatal life and federalism were critically important for framing subsequent movement and counter-movement arguments and tactics.

## 3. Constitutional Reforms to Protect "Life from the Moment of Conception": Movement and Counter-Movement Reframing

The Supreme Court's endorsement of the right of Mexico City's government to set its own health policy and to reform its criminal provisions governing abortion proved a powerful incentive for the country's anti-abortion movement. Henceforth, conservative political alliances in different states would promote reforms aimed at restricting women's sexual and reproductive rights and preventing the decriminalization of abortion – reforms that were

defended under the same arguments of division of powers and states' jurisdiction championed by those in the pro-choice camp. Just two months after the Supreme Court's ruling, the PAN-dominated congress of the state of Sonora ratified an amendment to the local constitution to protect life "from the moment of conception until natural death." Other states approved similar reforms, often through alliances between the PAN and the Institutional Revolutionary Party (PRI), but also in some cases including the Party of the Democratic Revolution (PRD), the Green Party (PVEM), and other minority parties.[11] These states included Baja California, Campeche,[12] Chiapas, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Tamaulipas, Yucatán, Veracruz, and Sinaloa (Chihuahua had already reformed its constitution to this effect in 1994). In March 2019, Nuevo León became the last state to ratify such an amendment.

Establishing the obligation to protect and guarantee the right to life for the product of conception, these reforms attempted to give legal personhood to the zygote or embryo, considering it a "person" or a "born person" from the moment of conception or fertilization, and were clearly aimed at preventing future attempts to decriminalize abortion through reforms to state penal codes (the tactic successfully adopted in Mexico City in 2007). These subnational reforms were facilitated by alliances between the Catholic Church and conservative forces within the PAN, the PRI, and other parties.

The success of "right to life from the moment of conception" amendments in state constitutions and the increasing presence of this construct in legal debates in turn influenced framings and strategies within the pro-choice movement. As judicial deliberations on abortion evolved with a focus on the issue of prenatal personhood and protection, Mexican pro-choice activists emphasized women's narratives and health rights, countering the embryo-centric narratives of proponents of the "right to life from the moment of conception" by putting women and the material and political conditions affecting conception, pregnancy, and family life back at the heart of narratives about prenatal development. Such framings were central to a sustained campaign of pro-choice strategic litigation involving individual *amparo* writs, unconstitutionality actions (presented by pro-choice allies in state human rights commissions and legislatures), and constitutional controversies (presented by municipal governments against state governments, alleging infringement of their jurisdiction).

11 While the PRD in Mexico City, under the leadership of Marcelo Ebrard, adopted a firm pro-choice stance, this was not the case for the party throughout the country. However, all the initiatives for legal abortion presented prior and after the constitutional reforms were put forward by the PRD.

12 Campeche modified its constitution in August 2009, but the official version published in November 2010 struck down the second paragraph of article 6, which contained a clause protecting life from the moment of conception.

In 2012, the pro-choice organization Information Group on Reproductive Choice (Grupo de Información en Reproducción Elegida, or GIRE) published a report entitled *Women's Human Rights and the Protection of Prenatal Life in Mexico* in which it argued that given that "right to life from the moment of conception" constitutional reforms were increasing judicial insecurity and negatively affecting women's health rights, the onus was on the government to legislate and develop public policies protecting both the life of the unborn and the rights of women to health and reproductive freedom and autonomy (GIRE, 2012). These rights could be protected through, for example, medical attention during pregnancy, adequate nutrition, opportune monitoring, safe deliveries, and nurseries (TAMES, 2011, p. 3). GIRE drew a distinction between the protection of life in gestation (which allowed for measures to protect the rights of the mother and the welfare of the product of conception) and the granting of personhood to the product of conception. This positioning aims to protect prenatal life – which the Supreme Court, in 2008 and again in 2011 (see below), confirmed was a constitutional *value* but not an absolute right – while supporting the agency and autonomy of women in their reproductive decisions. Pro-choice organizations signaled the need for policies to support the pregnancies and maternity of women, especially poor women, while they insisted on women's reproductive autonomy and rejected absolutist claims about fetal personhood. This powerful argument was developed in response to the conservative camp's framing of the state's positive duty to protect prenatal life.

### 3.1 Constitutional Challenges II: San Luis Potosí and Baja California

In January 2009, Baja California's human rights ombudsperson presented an action of unconstitutionality against the reformed article 7 of the local constitution protecting the "right to life from the moment of conception." The action alleged that the reform endangered women's rights and that it defined the moment when life commenced, something not stipulated in the Mexican Constitution or international instruments (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2009a). It argued that while life was legally protected, a fertilized embryo was not a person or individual and therefore not a subject with legal standing or rights. Importantly, the action went on to argue *against* a generous interpretation of the scope of state's policy-making powers, stating that if the Mexican Constitution and international instruments did not understand the product of conception to be an "individual," then the state constitution could not confer rights on this group of "subjects" (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2009a). In October of the same year, a group of congressional deputies in San Luis Potosí presented an action against article 16 of San Luis's constitution, which "recognized human life as the basis of all rights"; affirmed that life is "protected and respected from the moment of its beginning at conception"; and (making explicit the prohibition of the death penalty) stated that the death of the product of conception would be exempt from criminal prosecution only when it occurred via the existing regime of

exceptions.[13] As well as arguing against prenatal personhood, the unconstitutionality action contested the explicit hierarchy of rights established by San Luis's reform (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2009b).

Debates in the Supreme Court on both constitutional challenges focused on two areas of contention: first, the scope of jurisdiction of state governments vis-à-vis the federal government and of state law vis-à-vis the Mexican Constitution, and second, the substantive rights implied by different formulations of rights to life and health. Consensus existed on the need to protect life in gestation but not on whether that right is absolute or on whether the embryo should be considered a person (as stated in Baja California's reformed constitution). The two draft decisions prepared by Instructing Justice Fernando Franco argued that article 7 of Baja California's constitution and article 16 of San Luis Potosí's constitution should be declared invalid on the grounds that: (1) according to the Mexican Constitution and international human rights instruments, the unborn product of conception is not a human being or a person, and therefore is not a subject of rights; and (2) protecting the life of the unborn limits the dignity and rights of women, particularly their health and reproductive rights (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011a).

The draft decisions stated that the "right to life from the moment of conception" articles harmed the dignity of women by reducing them to instruments of reproduction (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2009a). They also observed that granting the legal status of a person to the product of conception and guaranteeing an absolute right to life would mean that certain contraceptive methods (including emergency contraception and intrauterine devices), in vitro fertilization, and legal abortions could be considered homicides. Justice Franco reiterated the arguments set out by the court in 2008 – that the right to life of the product of conception cannot be absolute but rather must be protected in a gradual manner to allow for the protection and exercise of other fundamental rights specified in the Constitution, such as the right to decide the number of one's children (which can imply the use of assisted reproduction) and the right to decide not to have children (which implies the use of contraceptive methods) (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2009a). He argued that adequate healthcare for pregnant women is a more effective means to protect prenatal life that does not negatively affect women's rights. He also stated that article 29 of the Mexican Constitution does not determine when life itself begins and underlined the need to apply the pro-person principle established in the constitutional

13 "No es punible la muerte dada al producto de la concepción, cuando sea consecuencia de una acción culposa de la mujer, el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación indebida, o de no provocarse el aborto la mujer corra peligro de muerte." By enumerating the existing regime of exceptions in the state constitution, the reformed article aimed to block legislative measures to expand them in the future.

reform of 2011, whereby norms must be interpreted in such a way as to increase protections for the existing rights of people.

The constitutional challenges for Baja California and San Luis Potosí were heard on two consecutive days. In the case of Baja California, seven justices supported Justice Franco's draft decision. Debate centered on the scope of states' jurisdiction, but also on the relationship between women's rights and protection for the product of conception. Justice Luis María Aguilar Morales argued against having different constitutional orders in different parts of the country, stating that it could lead to injustice, inequalities, and discrimination. He also held that a state constitution cannot define the moment at which life begins, something that only drafters of the Mexican Constitution can establish (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011b, p. 30-34). Justice Cossío expressed his concern that giving rights to the product of conception "cancels any possibilities of dialogue" between a constitutionally protected good (the *nasciturus*) and the rights of women to decide on the timing and number of their pregnancies (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011c, p. 8-9). Justice Valls argued that states must respect the limits of the Mexican Constitution and international treaties and cannot restrict or annul rights contained therein (the principle of progressivity). He also affirmed that states in the federation cannot define the moment at which human life begins (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011c, p. 12-13). Importantly, Justice Silva argued that the local expansion of human rights can occur only when it does not contradict federal laws. Justice Sánchez argued that Baja California's reform restricted not only women's rights but those of all citizens, as it did not provide them with clarity about how and when they could exercise their rights. She asked, for example, at what moment is the use of contraceptives to impede fertilization or block implantation in the womb "the exercise of a right (to use contraceptives) or [...] [the] committing [of] a crime [by] ending the life of a person?" (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011c, p. 26-28). Justice Zaldívar argued that no state could be above the Mexican Constitution, as states are autonomous but not sovereign; therefore, they cannot define the content of the concept "person," which is a constitutional and national concept. He was also of the view that "right to life from the moment of conception" reforms could limit women's rights and even criminalize women, stating that "criminalizing women, above all poor women, isn't the solution. To condemn them to jail, to clandestinity, to put their health and life at risk seems to me to be profoundly unjust, profoundly immoral, and profoundly unconstitutional" (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011b, p. 28).

Four judges opposed the draft decision, arguing that article 7 of Baja California's constitution was constitutional. According to Justice Aguirre, the article did not contradict the "right to life" set out in the Mexican Constitution or article 4 of the American Convention on Human Rights, nor did it contravene the rights of women (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011b, p. 28); he reaffirmed the view he had set out in his 2007 draft decision, in which he argued that the embryo has legal personhood and women's rights cannot overrule that right to life. Aguirre maintained that because embryos were people, the pro-person prin-

ciple of reformed article 1 of the Mexican Constitution extended protection to them. This position was echoed by Justice Ortiz, who held that the federal and state constitutions were complementary and that the former supported protection of life, observing that "there seems to be no opposition to recognition of the right to life, but there is an insistent argument to avoid recognizing it in all its dimensions" (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011c, p. 37).[14] Justice Margarita Luna Ramos – who had supported the constitutionality of Mexico City's reforms in 2008 on the grounds of local legislatures' jurisdiction to decide the sanctions to be applied to a specific common crime – argued that states could indeed establish the moment at which life begins, given the lack of definition on this point in the Mexican Constitution and international treaties. She also rejected the argument that protecting life from the moment of conception harmed women's rights (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011c, p. 26-58 and 63). Justice Jorge Mario Pardo believed the Mexican Constitution did indeed protect life from the moment of conception but that:

> [even] if we conclude that our Constitution establishes no explicit rights for the unborn product of conception [...] then [referring to article 4.1 of the American Convention on Human Rights] we have international instruments which have established that this unborn being is the subject of rights and not simply a subject of legal protection. (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011d, p. 8)[15]

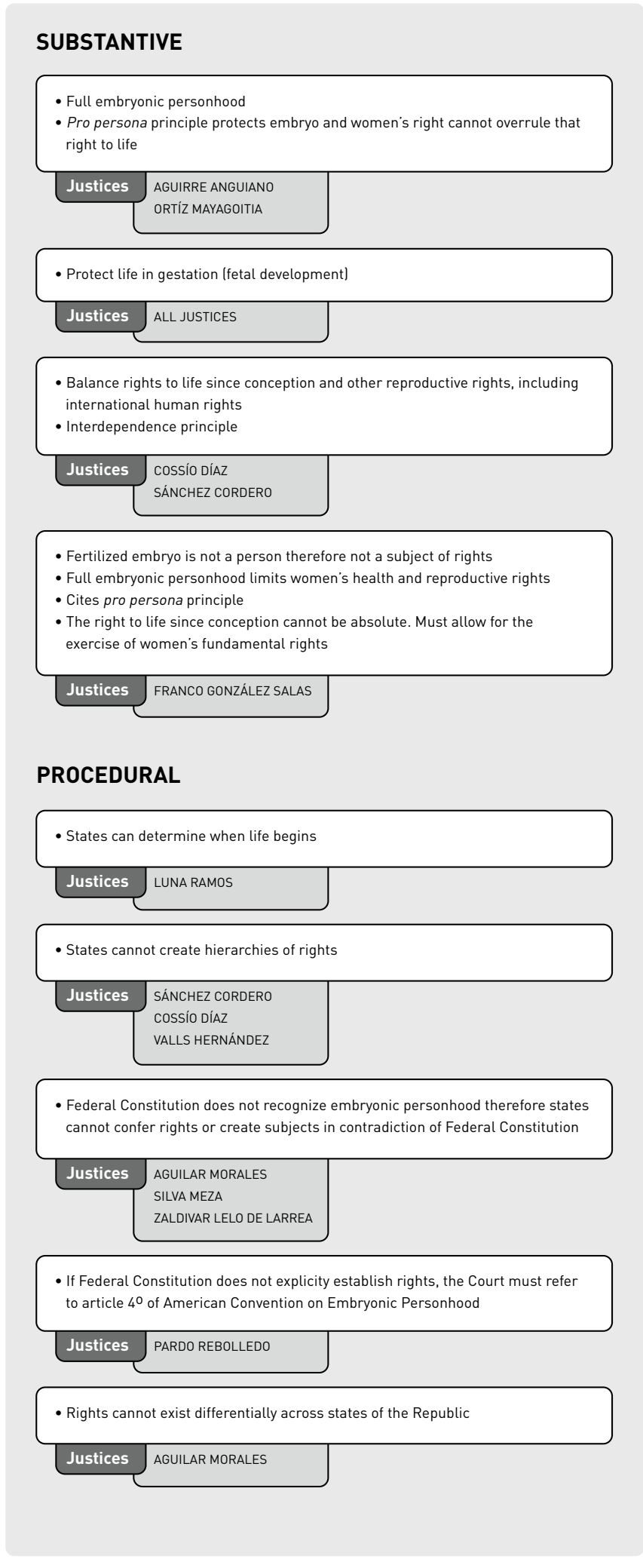
Therefore, in his view, different states in the federation could indeed decide at what point legal protections should be extended to the product of conception.

• • •

14 In 2010, Aguirre and Ortiz had voted against reforms in the Federal District that allowed same-sex marriage and adoption rights.

15 This was, of course, prior to the historic 2012 ruling of the Inter-American Court of Human Rights in *Artavia Murillo v. Costa Rica*, which definitively resolved disputes over article 4.1 of the American Convention on Human Rights, namely the issue of embryonic right to life. See Lemaitre and Sieder (2017).

FIGURE 2 – **KEY ARGUMENTS IN MEXICAN SUPREME COURT, 2011**




Source: Authors.

On September 28, 2011, a seven-justice majority voted to declare Baja California's reform unconstitutional; but the fact that this was one vote short of the minimum of eight votes needed to invalidate a constitutional norm meant the action of unconstitutionality was rejected on legal-technical, not substantive, grounds. The vote meant that the protection of life from the moment of conception remained in Baja California's constitution. However, although opinion was divided, the positions staked out in the court signaled the dominant tendency to balance protections for prenatal life with women's reproductive rights.

A similar 7-to-4 vote occurred on the action from San Luis Potosí. In addition to the arguments set out for the Baja California case, Justice Sánchez held that the hierarchy of fundamental rights established in San Luis Potosí's constitutional article 16 was incompatible with the interdependence of human rights and the harmonization expected between the Mexican Constitution and international human rights treaties (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011d, p. 18). Justice Cossío rejected San Luis's formulation specifying the existing regime of exceptions on the grounds that this would prevent future legislative changes, specifically future possibilities of allowing abortion on grounds of women's right to health or fetal malformations, or of passing a trimester reform in line with that approved in the Federal District (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011d, p. 18). Justice Valls also rejected the attempt to establish a hierarchy of rights and emphasized that state constitutions are not penal codes; the legislature must decide what social conducts are defined as crimes or should be penalized (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2011d, p. 21). Justice Aguilar believed no local congress could regulate fundamental rights and that these rights could not exist differentially across the different states of the federal republic.

Arguing against the draft decision, Justices Pardo and Luna were not of the view that article 16 created a hierarchy of rights or established any right as absolute; nor was Justice Luna of the opinion that the article prevented a future decriminalization reform, in vitro fertilization, or certain contraception methods. Justices Aguirre and Ortiz also voted against.

In short, the vote on the unconstitutionality actions in 2011 was decided on increasingly narrow, legal-technical questions, not on substantive issues relating to women's sexual and reproductive rights. Yet following the 2011 constitutional reform, debates on the extent of states' policy-making powers were increasingly framed by international human rights law and the pro-person and progressivity principles. The positions staked out in the debate again provided important signals for reshaping movement and counter-movement strategies and framings.

### 3.2 Constitutional Challenges III: Querétaro, Guanajuato, and Oaxaca

Pro-choice activists continued to seek ways to challenge the constitutionality of "right to life from the moment of conception" amendments. In April and May 2013, the Supreme Court debated three separate constitutional appeals presented in 2009 by municipalities against the reforms in the states of Querétaro, Oaxaca, and Guanajuato (SUPREMA CORTE DE LA

NACIÓN, 2009b, 2009c and 2009d). Procedurally, these actions, known as *controversias constitucionales* (constitutional controversies), offer narrower grounds for argumentation: they challenge acts or norms that allegedly infringe on the competences of government authorities rather than debate whether fundamental human rights violations have occurred (art. 105 of the Mexican Constitution).

The case of Querétaro was resolved on jurisdictional grounds with limited effects.[16] In Oaxaca and Guanajuato, the municipalities – supported by pro-choice lawyers – had claimed that the amendments infringed on their mandates as public authorities to provide healthcare (particularly certain kinds of contraception) in accordance with federal health norms and laws concerning gender violence, which state that emergency contraception must be offered to rape victims. This argument was rejected for the case of Oaxaca by a vote of five justices.[17] However, despite the court's rejection of pro-choice lawyers' attempts to use constitutional controversies to debate fundamental rights issues, in 2013 the justices again debated prenatal personhood and the implications of "right to life from the moment of conception" reforms. On this occasion, Justice Franco's draft decision specifically referred to the landmark 2012 decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Costa Rica v. Artavia Murillo*, which rejected Costa Rica's decision to ban in vitro fertilization on the basis that embryos had full personhood and therefore the right to life (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2013).

In 2008, Justice Sánchez had referred to an "inhibiting effect" of clauses protecting the right to life from the moment of conception. However, in debates on the constitutional controversies in 2013, Justice Cossío affirmed that independently of whether a state reformed its constitution, all public authorities were obliged to comply with federal healthcare norms. He thereby explicitly rejected the idea that such clauses in state constitutions prohibited local authorities from providing access to emergency contraception or abortion in the case of rape or other exceptions.[18] Cossío argued that accepting the grounds of the constitutional appeal

16 In an 8-4 vote, the Supreme Court found that procedural errors had occurred in drafting the respective clause but determined that this meant it was invalid for the municipality that had presented the action rather than for all municipalities in the state of Querétaro.

17 The court deemed there had been no direct act violating the municipality's competences. The municipality in question in Guanajuato withdrew its action following the vote on the Oaxaca controversy. The lawyer in both cases was Alejandro Madrazo.

18 In a clear signal to pro-choice activists, Cossío stated that if a woman was denied access to contraception or legal abortion services based on "right to life since the moment of conception" amendments, then she could present an *amparo* to ensure the guarantee of her sexual and reproductive rights (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2013). See also Ortíz Trujillo (2013, p. 30).

– that such an "inhibiting effect" did indeed exist – would be counterproductive, as it would in effect mean that municipalities in states with "right to life from the moment of conception" amendments could indeed cease to apply federal health norms, something that would be both unconstitutional and a major setback in the struggle for women's sexual and reproductive rights in Mexico.

Although these constitutional controversies were again resolved on legal-technical rather than substantive grounds,[19] Justice Cossío's affirmation that such constitutional amendments do not have any legal effects on federal health norms was significant and reinforced an earlier decision of the court to uphold federal health policies. This had occurred in 2009 when the governor of Jalisco presented a constitutional challenge to Official Health Norm 046 (published in April 2009) (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2009e), a reform secured following years of mobilization by pro-choice and women's rights groups to ensure protection of the rights of victims of familial, sexual, and gender violence. Norm 046 was one outcome of the friendly settlement reached by Mexico and the Inter-American Commission on Human Rights concerning the case of Paulina, a thirteen-year-old rape victim who was denied access to legal abortion in Baja California. The outcome of careful lobbying by pro-choice groups, the norm stipulates that all federal and state health services must provide emergency contraception, post-exposure prophylaxis against HIV and syphilis, and access to abortion for rape victims. In response to the constitutional challenge by the governor of Jalisco, Instructing Justice Cossío explicitly rejected attempts to define emergency contraception as "chemical abortion" and upheld the constitutionality of Official Health Norm 046, stating that it did not interfere with states' competencies to define penal law. Ten of the eleven justices supported Cossío's draft decision upholding the validity of Norm 046.[20]

In short, in 2013, the Supreme Court continued to insist that "right to life from the moment of conception" constitutional amendments have no binding effects and could not trump federal health laws and norms. However, by resolving the actions on jurisdictional and legal-technical grounds, it failed to overturn these amendments as pro-choice activists had demanded, instead adhering to its default position of upholding states' legislative autonomy (while at the same time limiting the effects of subnational legislative action).

• • •

19 Conservative position: Justice Gutiérrez stated that "[t]his is a case about federalism, not about the right to life or abortion." Rejecting Franco's assertion that the draft decision was in line with the Artavia Murillo sentence, he stated that "[t]he definition of right to life should not be addressed in a constitutional action" (SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, 2013).

20 Dissenting Justice Aguirre opposed the draft decision, arguing that Mexico's international treaty obligations did not oblige it to provide emergency contraception (GARCÍA MARTÍNEZ, 2010).

## 4. Challenges IV: Between the Right to Health and Subnational Autonomy

Movement and counter-movement legal engagements over abortion in Mexico continue to hinge on jurisdictional questions surrounding the limits of subnational state autonomy and federal law. The anti-abortion movement, led throughout the country by elected representatives for the PAN, continues to promote "right to life from the moment of conception" amendments to state constitutions and restrictive reforms of state penal codes, but has also mounted new constitutional challenges to federal health norms on the grounds of infringement of states' jurisdiction. While the anti-abortion movement maintains political advantage in many of the state legislatures, pro-choice organizations have pursued a sustained campaign of litigation to challenge conservative attempts to further restrict legal abortion and to secure more progressive constitutional jurisprudence on women's rights to health. This includes an important strand of ongoing litigation through *amparo* writs, aimed at making access to decriminalized indications for legal abortion more effective and advancing other aspects of the right to health, irrespective of the content of states' penal codes (GIRE, 2018). Attempts to decriminalize abortion at the subnational level have increasingly been tied to the enforcement of federal norms addressing violence against women.

While pro-choice groups have undoubtedly driven the judicialization of the struggle over abortion, changes to federal health law – prompted by earlier transnational litigation by pro- choice groups – sent the anti-abortion lobby back to the Supreme Court. In March 2016, new reforms to Official Health Norm 046 were published permitting abortion in the case of rape without the previous requirement of filing a judicial complaint; women could now simply confirm in writing that they had been raped (in the case of minors, parents or guardians could provide such a written statement). This measure brought the health norms in line with Mexico's General Law on Victims, which requires public health facilities to provide abortion for rape victims as an emergency medical service, without making them first file a judicial complaint. It also responded to a recommendation in 2015 by the United Nations Committee on the Rights of the Child, which called on Mexico to harmonize its federal and state legislation to permit access to legal abortion without judicial authorization for girls victim of rape or incest or whose health was endangered by pregnancy. In April and May 2016, the PAN led a national campaign to reassert subnational sovereignty: two constitutional controversies were presented by the congresses of PAN strongholds Aguascalientes and Baja California arguing that the federal health norm violated state penal codes – which in both states require the prior filing of a legal complaint in order to request an abortion in cases of rape – and civil codes and the Law on the Rights of Children and Adolescents, which specify parental custody of minors until the age of eighteen. The controversies called on the Supreme Court to resolve the matter for all states, arguing that a federal norm cannot overrule local constitutions and secondary laws.

In August 2019, the Supreme Court upheld Norm 046, allowing women to access abortion in cases of rape. The norm orders all institutions in the national health system (which

includes the public, social, and private sectors) to guarantee access to abortion in such cases; women do not need to file a criminal complaint with the police, and minors do not need to obtain parental permission. Justice Pardo had presented a draft decision opposing the modifications to Norm 046; eight justices voted against. They supported the reforms, arguing that their purpose was to bring access to abortion provision in cases of rape in line with the stipulations of the General Law on Victims, which states that this provision should be timely and without any impediments. (In two cases heard in 2018, the court had confirmed that denying a rape victim access to abortion constituted a violation of human rights and that victims of rape should receive comprehensive and effective reparations.) Voting in support of reformed Norm 046, Justice Javier Laynez argued the court had an obligation to "issue an interpretation with a gender perspective," while judge Norma Lucía Piña argued that the court should support the ruling on human rights grounds. Judge Zaldivar was of the view that the court must send a clear message that women's rights are protected, and that the federal health norm makes access to justice much easier and more straightforward in cases where their rights to sexual liberty have been gravely and violently affected (GIRE, 2019).

The election of President Andrés Manuel López Obrador in 2018 opened new political opportunities for pro-choice activists.[21] Although by no means are all representatives of López Obrador's party – the National Regeneration Movement (MORENA) – pro-choice, in the state of Oaxaca an alliance between MORENA deputies and feminist activists led to a historic vote in September 2019 to decriminalize abortion in the first trimester, making Oaxaca the second state after Mexico City to approve such a reform. In July 2021, a similar alliance made Hidalgo the third state in the Mexican federation to decriminalize abortion in the first trimester. Contentious politics at the subnational level indicated the continuing relevance of the court's historic stance on the issue of embryonic personhood and women's rights to health. In 2019 and 2020, anti-choice politicians in several states challenged renewed pro-choice initiatives to decriminalize abortion in the first trimester for victims of gender violence, arguing that "right to life from the moment of conception" clauses in local constitutions made such moves unconstitutional. The Supreme Court's arguments balancing the scope of states' policy-making powers against women's right to health were replayed within local legislatures, ultimately strengthening the position of the pro-choice camp. In effect, the cases of Oaxaca and Hidalgo proved that a reform of the penal code to decriminalize abortion does not require the prior reform of the constitutional clause protecting the right to life from the moment of conception. As pro-choice organization GIRE underscored:

21 López Obrador's first interior minister and former Supreme Court judge Olga Sánchez allied with feminists to promote the incorporation of the decriminalization of abortion during the first trimester within the federal Penal Code. Given the court's stance on the margin of appreciation in recent years, if achieved, this would effectively legalize abortion in the first trimester nationwide.

> Although article 12 of the state constitution protects the right to life from the moment of conception and the reform of this article was not discussed, the Supreme Court has stated that protecting life does not imply criminalizing abortion, and that the denial of access to a legal termination of pregnancy violates the right to health. (GIRE, 2019)

## Final reflections

In this article, we have shown how battles over abortion in Mexico since the historic decriminalization reform in Mexico City have been simultaneously displaced to subnational legislatures and the Supreme Court, as movement and counter-movement engage each other on the legal terrain. While in the subnational legislative arena, the conservative crusade to protect life from the moment of conception initially gained the upper hand, the Supreme Court became a key focus for pro-choice movement activists, who were able to frame their arguments in terms of constitutional and international human rights, particularly after the country's constitutional reform of 2011.

In terms of framing, in response to the decriminalization of abortion in Mexico City in 2007, the anti-abortion movement adopted more legal and bioethical arguments on the "right to life," emphasizing prenatal personhood as a "grand narrative" to counter the decriminalization of abortion. However, this failed to gain significant traction within legal interpretative debates in the Supreme Court. Rather, the Mexican court is in line with regional trends whereby constitutional courts have gradually enshrined a progressive understanding of the "right to life from the moment of conception," viewing it as a non-absolute right and emphasizing the need to balance the rights of the fetus against those of the mother. This judicial balancing has produced a definitive position on the issue of prenatal life, explicitly rejecting the idea that the embryo or fetus is a "person."[22] At the same time, the battle over the right to life from the moment of conception has influenced framings and strategies within the pro-choice movement, with some pro-choice activists turning tactically to a greater focus on maternal health and "reproductive justice" and choosing not to reject openly the "right to life" but rather to focus on the measures that will best protect women's rights and prenatal life (COOK, ERDMAN and DICKENS, 2017, p. 8).

22 Bergallo and Ramón Michel observe that the balancing approach adopted by some of Latin America's constitutional courts has "yielded more complex judicial arguments about the constitutional status of unborn life and the duty to balance it against increasingly elaborate conceptions of dignity, autonomy and equality between the sexes ," creating "a promise of moderation, negotiation, and conciliation to positions that were formerly staged as deeply antagonistic" (BERGALLO and RAMÓN MICHEL, 2016, p. 37 and 54).

In terms of opportunity structures, we have demonstrated how the battle within the Supreme Court on access to legal abortion in Mexico has hinged on jurisdictional issues of the scope of states' policy-making powers. Following the court's historic sentence of 2008, jurisdictional dimensions have outweighed the establishment of more substantive precedents on abortion rights. At the same time, anti-abortion activists have responded to the balancing developed by the court by increasingly focusing their legal arguments on issues of jurisdiction to try to secure margins of action for their attempts to further restrict abortion throughout the country. Our analysis indicates that while in 2008 the court upheld the autonomy of subnational legislatures to determine health policy, by 2019 the court was in effect reasserting federal sovereignty and its own role in defining policy, pointing to emerging legal arguments on sexual and reproductive rights that reflect Mexico's international human rights commitments, commitments strengthened since the 2011 constitutional reform affirming the pro-persona principle. Within this evolving framework of judicial deliberation, women's reproductive rights have also been reinforced by emerging regional jurisprudence and by new international and national instruments to challenge gender violence.

Developments in Mexico point to key questions for women's health rights guarantees in federal systems: how far does states' autonomy to legislate extend? Can states overrule or extend rights set out in the Mexican Constitution or international human rights instruments? The Mexican Supreme Court has played a complex game, affirming the autonomy of states to legislate but also stating that "right to life from the moment of conception" amendments cannot trump its interpretation of constitutional rights or advances in international human rights case law. Through the different constitutional controversies over abortion discussed in this article, important interpretations have been established to progressively lock Mexican constitutional law into international human rights frames. The Mexican case shows how the increasing constitutionalization of human rights, combined with a strategic emphasis on rights to health by pro-choice activists, has advanced women's sexual and reproductive rights, even in the face of continued high levels of mobilization and legislative victories by the anti-abortion movement. Despite its inability to prevent the counter-mobilization to secure subnational constitutional reforms to protect "life from the moment of conception," the national alliance of pro-choice organizations in Mexico has proved adept at negotiating between different state arenas and sustaining its focus on the Supreme Court, identifying key cases for strategic litigation, and building alliances with pro-choice subnational state actors to develop arguments before the court. Given the lack of a strong commitment by any of Mexico's political parties to legalize abortion, over time the court has ultimately proven to be a more effective defender of women's rights.

**ACKNOWLEDGEMENTS**

*The authors thank the Research Council of Norway (RCN), Project No. 14030, Abortion Rights Lawfare in Latin America (2014-2017), for financial support. They also thank Paola Bergallo, Camila Gianella, Siri Gloppen, Ana Cristina González, Isabel Jaramillo, Marta Machado, Angélica Peñas, and Alicia Yamin for their feedback on previous versions.*

## REFERENCES

ARANDA, Jesús. "Muere en Londres el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo." *La Jornada*, 20 September 2010. Available at: http://www.jornada.unam.mx/2010/09/20/politica/009n1pol.

ARANDA, Jesús. "Despenalización del aborto en el DF, logro histórico de las mujeres." *La Jornada*, 26 April 2008. Available at: https://www.jornada.com.mx/2008/04/26/index.php?section=capital&article=035n1cap.

BERGALLO, Paola; RAMÓN MICHEL, Augustina. Abortion. *In*: GONZÁLEZ-BERTOMEU, Juan F.; GARGARELLA, Roberto (ed.). *The Latin American Casebook*: Courts, Constitutions and Rights. New York: Routledge, 2016.

COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. Introduction. *In*: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. (ed.). *Abortion Law in Transnational Perspective*: Cases and Controversies. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2017.

GARCÍA MARTÍNEZ, Anayeli. Avanza en la SCJN validez de NOM sobre violencia familiar y sexual. *Cimacnoticias*, 17 May 2010. Available at: https://cimacnoticias.com.mx/noticia/avanza-en-la-scjn-validez-de-nom-sobre- violencia-familiar-y-sexual.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B. Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash. *Yale Law Journal*, v. 120, n. 8, p. 2028-87, 2011.

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA (GIRE). NOM 046: ¿Qué pasó en la Suprema Corte? *Animal Político*, 12 August 2019. Available at: https://www.animalpolitico.com/punto-gire/oaxaca-y-el-grito-global-por-el-aborto-legal.

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA (GIRE). *Maternidad o castigo*. Mexico City: GIRE, 2018.

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA (GIRE). *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México*. Mexico City: GIRE, 2012.

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA (GIRE). *La constitucionalidad de las normas sobre el aborto en la Ciudad de México*. Mexico City: GIRE, 2010.

KECK, Thomas M. Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights. *Law and Society Review*, v. 43, n. 1, p. 151-85, 2009.

LEMAITRE, Julieta; SIEDER, Rachel. The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case against Costa Rica. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 149-60, 2017.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MACIEL, Débora Alves. The Battle over Abortion Rights in Brazil's State Arenas, 1995-2006. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 119-31, 2017.

MADRAZO, Alejandro; VELA, Estefanía. *Conservando esencias*: el uso conservador del lenguaje de los derechos fundamentales (dos estudios de caso). *In*: VAGGIONE, Juan Marco; MUJICA, Jaris (ed.). *Conservadurismos, religión y política*: perspectivas de investigación en América Latina. Córdoba: Católicos por el Derecho a Decidir, 2013.

MADRAZO, Alejandro; VELA, Estefanía. The Mexico Supreme Court's (Sexual) Revolution? *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1863-93, 2011.

ORTÍZ TRUJILLO, Diana. Las controversias de la vida. *Bien Común*, n. 219, p. 24-30, 2013.

POU GIMENEZ, Francisca. El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal. *Anuario de Derechos Humanos*, p. 137-152, 2009.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 2 de mayo de 2013* (transcript of the public ordinary session of the plenary of the Supreme Court, held on May 2, 2013), 2013.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Seguimiento de Asuntos Resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2011a. Available at: https://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantes Pub.aspx?ID=112579&SeguimientoID=277.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 28 de septiembre de 2011* (transcript of the public ordinary session of the plenary of the Supreme Court, held on September 28, 2011), 2011b.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 27 de septiembre de 2011* (transcript of the public ordinary session of the plenary of the Supreme Court, held on September 27, 2011), 2011c.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 29 de septiembre de 2011* (transcript of the public ordinary session of the plenary of the Supreme Court, held on September 29, 2011), 2011d.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acción de inconstitucionalidad 11/2009*, 2009a.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acción de Inconstitucionalidad 62/2009*, 2009b.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acción de inconstitucionalidad 89/2009*, 2009c.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acción de Inconstitucionalidad 104/2009*, 2009d.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Controversia constitucional* 54/2009, 2009e.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*, 2007.

TAMES, Regina. Aborto: la Corte frente a una compleja pero fundamental decisión. *Animal Político*, 26 September 2011. Available at: http://www.animalpolitico.com/blogueros-blog- invitado/2011/09/26/…e-frente-a-una-compleja-pero-fundamental- discusion/#axzz33Wm9QgfG.

VAGGIONE, Juan Marco. La "cultura de la vida": desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos. *Religião e Sociedade*, v. 32, n. 2, p. 57-80, 2012.

## Appendix 1

### CRITICAL JUNCTURES IN ABORTION LAWFARE, MEXICO

| | | |
|---|---|---|
| **2007** | • | Conservative Federal government of Partido Acción Nacional (PAN) supports "right to life since conception" |
| | • 4 April | Federal District legislature approves reforms to Penal Code and Health Law guaranteeing Legal Termination of Pregnancy (LTP) |
| | • May | Federal government through CNDH and PGR presents two constitutional challenges against trimester regime reforms |
| **2008** | • March | SCJN carries out six public hearings on constitutional challenges on abortion |
| | • 28 August | SCJN votes over constitutionality of reforms confirming right of Federal District's government to set their health and penal policies |
| | • | Anti-abortion movement achieves first state constitutional reforms for protect the right to life since conception: Morelos and Baja California |
| **2009** | • 26 January | Baja California' human right ombudsman presents action of unconstitutionality before SCJN against local constitutional reform that protects right to life since conception |
| | • 16 April | Official health norm NOM-046-SSA2-2055 published. Family, sexual and violence against women. Criteria for prevention and care |
| | • May | State congress of San Luis Potosí approves constitutional reform recognizing that all human life begins at conception |
| | • 11 June | Governor of Jalisco presents constitutional controversy against official health norm 046 |
| | • October | Twelve congressional deputies in San Luis Potosí present action of unconstitutionality against the state's right to life since conception constitutional reform |
| | • | Twelve more states reform their constitutions to protect the right to life since conception |
| **2010** | • 27 May | SCJN resolves constitutional controversy presented by governor of Jalisco, declaring it without merit and upholding validity of NOM-046 |
| | • December | State congress of Tamaulipas amends its constitution to protect the right of life from conception to natural death |

| | | |
|---|---|---|
| **2011** | • 28-29 September | Ministers in SCJN vote on actions of unconstitutionality of Baja California and San Luiz Potosí. Minimum votes necessary to invalidade the constitutional norms not obtained in either session |
| | • | Municipalities in different states present in the SCJN constitutional controversies against state constitutional reforms that protect the right to life since conception: Uriango in Guanajuato (July 6), Arroyo Seco, Querétaro (September 30) and Asunción Ixtlaltepec, Oaxaca (October 25) |
| **2012** | • | Presidential federal election: winner Partido Revolucionario Institucional |
| **2013** | • 2 May | SCJN in controversy of Oaxaca resolves municipalities' competences not violated. Municipality in Guanajuato withdraws its action following the vote on Oaxaca |
| | • 30 April | SCJN resolves case of Querétaro on procedural grounds with limited effects: norm only invalid for the Arroyo Seco municipality |
| **2016** | • 21 January | State congress of Veracruz approves constitutional reform recognizing that all human life begins at conception |
| | • 24 March | Amendments to the official health norm NOM-046-SSA2-2005 published |
| | • 9 May | Governor of Baja California presents constitutional controversy against NOM-046 |
| | • May | Congress of Aguascalientes presents constitutional controversy against NOM-046 |
| **2017** | • 13 December | Declaration of Alert of Gender Violence against Women for *Agravio Comparado* for Veracruz |
| **2018** | • | Andres Manuel López Obrador wins presidency and Movimiento Regeneración Nacional (MORENA) wins governorship and majority in federal congress and several local congresses |
| | • 28 September | Congress of Sinaloa approves constitutional reform that protects the right to life since conception |
| **2019** | • 5 August | SCJN rejects two projects of constitutional controversies by Baja California y Aguascalientes aimed at invalidating NOM-046 |
| | • 25 September | Congress of Oaxaca legislature approves reforms to Penal Code and Health Law to guarantee LTP. Initiative to reform local constitution that protects life from conception postponed |

| | | |
|---|---|---|
| **2018-2020** | • | Nine legal reform initiatives presented to incorporate LTP in states with constitutional protection of life from conception: Quintana Roo, San Luis Potosí, Guanajuato, Querétaro and Puebla |
| | • | States without constitutional reforms for the protection of life from conception presented ten legal initiatives for LTP (Baja California, Aguascalientes, Estado de Mexico, Coahuila, Tlaxcala, Hidalgo and Michoacán) and nine iniciatives for constitutional protection of embryonic right to life (Baja California Sur, Aguascalientes, Estado de México, Coahuila, Tlaxcala, Hidalgo, Michoacán and Zacatecas) |
| **2020** | • 5 June | Declaration of Alert Gender Violence against Women of *Agravio Comparado* for Guerrero |

SCJN: Mexican Supreme Court; LTP: Legal Termination Pregnancy; CNDH: National Human Rights Commision; PGR: Attorney General

**How to quote this article:**

SIEDER, Rachel; ESPINOSA, Yacotzin Bravo. Abortion Lawfare in Mexico's Supreme Court: Between the Right to Health and Subnational Autonomy. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2138. https://doi.org/10.1590/2317-6172202138

*Rachel Sieder*

Senior Research Professor, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), Mexico City, Mexico. Associate Researcher, Chr. Michelsen Institute/LawTransform, Bergen, Norway.

*rachel.sieder@ciesas.edu.mx*

*Yacotzin Bravo Espinosa*

Postdoctoral Researcher, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), Mexico City, Mexico.

*levantiscoez@gmail.com*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 07.04.2021
Aprovado: 06.09.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202139

# **Legal Guerilla:** Jurisdiction, Time, and Abortion Access in Mexico City

*GUERRILHA JURÍDICA: JURISDIÇÃO, TEMPORALIDADE E ACESSO AO ABORTO NA CIDADE DO MÉXICO*

*Amy Krauss*[1]

**Abstract**
This article traces the emergence of a new politics of jurisdiction in legal abortion debates in Mexico. It analyzes how jurisdictional claims work as a kind of lawfare from "above" and "below" examining: 1) how the Mexican Supreme Court invoked technicalities of jurisdiction to settle the constitutional conflict over the decriminalization of abortion in Mexico City, and 2) how a feminist litigator reappropriated the court's formal principles of legality toward their own ends in what they call "legal guerilla." Drawing on ethnographic fieldwork in Mexico City, the author explores how competing jurisdictions create ambiguous spaces and temporalities of inclusion and exclusion from legality and clinical care. In closing, she argues that feminist activists who work to create access and people who seek abortion enact their own forms of "legal guerilla" as they move through these overlapping and contradictory legalities.

**Keywords**
Jurisdiction; sovereignty; authority; legality; time; feminist politics.

***Resumo***
*Este artigo apresenta o surgimento da nova política de jurisdição nos debates sobre o aborto legal no México. Ele analisa de que modo a judicialização funciona como uma forma de* lawfare *"de cima" e "de baixo", examinando: 1) como a Suprema Corte mexicana argumentou com base em questões técnicas de competência para decidir o conflito constitucional acerca da descriminalização do aborto na Cidade do México; e 2) como litigantes feministas têm se reapropriado dos princípios formais da legalidade para alcançar determinados fins, o que se chamou de "legal guerrilla". Com base no trabalho de campo etnográfico na Cidade do México, exploramos como jurisdições concorrentes criam espaços e temporalidades ambíguas de inclusão e exclusão da legalidade e do atendimento clínico. Por fim, argumentamos que as ativistas feministas que trabalham para criar acesso e as pessoas que buscam o aborto promovem as próprias formas de "legal guerrilla" à medida que se movem por essas legalidades sobrepostas e contraditórias.*

***Palavras-chave***
*Jurisdição; soberania; autoridade; legalidade; temporalidade; políticas feministas.*

**1** University of Chicago, Division of the Humanities, Chicago, United States
https://orcid.org/0000-0001-7996-7799

CC BY-NC

## Introduction

In several recent court cases in Latin America, national supreme courts have used formal reasoning about legal authority to evade discussion of abortion rights. For example, in May 2020, a case led by feminist advocacy organizations following the Zika epidemic in 2016 was dismissed by the Brazilian Supreme Court on the grounds that the association that filed the petition did not have the proper legal standing to litigate on sexual and reproductive rights and health policy before the court. In the words of Gabriela Rondon, who helped file the case, "The court decided not to decide, which is shameful but doesn't imply any direct setback on the jurisprudence."[1] In July 2020, the Mexican Supreme Court ruled against an *amparo*[2] brought by a minister of Veracruz state that demanded that it create legislation to decrease barriers to abortion (MURILLO, 2020). Citing formal rules of jurisdiction, the court argued that ruling on the matter would overstep its own constitutional powers (VERZA, 2020). From any standpoint outside the jargon-saturated world of legal expertise, these rulings appear beside the point. Las Brujas del Mar, a feminist collective in Veracruz, put it succinctly in a tweet following the decision: "The problem is that the substance was not discussed, and the form still matters more than women's lives" (GUARDIAN, 2020).

Las Brujas' charge that "the form matters more than women's lives" delivers a sharp critique of the court's preoccupation with legal rules and their correct application as opposed to questions of moral and political substance. Their point echoes criticisms made by constitutional lawyers and feminist litigators who have called out a tendency of courts to revert to legal formalism when facing questions of reproductive and sexual rights. In this vein, Paola Bergallo finds two "constitutional cosmovisions" at work in Argentinian Supreme Court decisions surrounding abortion (2017). Decisions issued against legalizing abortion have tended to align with conservative-formalist styles of argumentation, while those in favor of extending and protecting reproductive rights mobilize a transformative-feminist approach to constitutional interpretation. The latter, she argues, builds on traditions of social and economic rights protections alongside a sophisticated awareness of the gaps between "law in action vs. law on the books." Estefanía Vela Barba and Alejandro Madrazo note a similar splitting of modes of argumentation in the Mexican Supreme Court (2013). Taking the examples of the court's robust recognition of fundamental rights in same-sex marriage and adoption cases versus its "stinginess" in interpreting rights related to abortion,

1 Personal communication, May 4th, 2020.

2 An *amparo* is a legal mechanism whereby citizens as well as officials may appeal to the Supreme Court when constitutional rights are violated by the state. A longer discussion of *amparo* will follow.

they suggest the court suffers from a "personality disorder" due to the complex historical-political juncture in which it is situated (MADRAZO and VELA, 2013, p. 1890). Madrazo and Vela find the catalyst of the court's split personality in the 1994 reforms that significantly expanded its procedures for constitutional challenge. These reforms coincided with broader transformations of the state marked by the fall of one-party rule by the Partido de la Revolución Institucional (PRI) and transition to electoral democracy, a series of neoliberal reforms, and the proliferation of new human rights institutions. Madrazo and Vela further imply that the Court's two tendencies map onto its incomplete transformation into a progressive democratic institution. In their words, the Mexican Supreme Court is torn between "its old court-of-law self" which "sees rules, not principles or values to be deployed multidirectionally in creative, nuanced, and changing ways" (MADRAZO and VELA, 2013, p. 1891-1892).

Rather than rest our criticism of these recent court decisions on a dichotomy between "technical" and substantive modes of legal interpretation, I examine how formal rules of legal authority, and specifically questions of jurisdiction, are crucial sites of political contest (see VALVERDE, 2009). We must first shift our focus from courts' regressive conservatism to a broader problem of how legality and public order, as grounding projects of the postcolonial state, come to organize the limits of what we desire as a good life, as well as the legitimate causes of resistance and conflict (see BERLANT, 2002). John and Jean Comaroff and others have diagnosed this process as the judicialization of politics – or the increasing prominence of "legality" as the organizing language of class struggle in contemporary neoliberal orders (COMAROFF and COMAROFF, 2006, p. 31; CUOSO, HUNNEUS and SIEDER, 2010). The problem with legality as a "form," then, is not simply an allegiance to the text of law as rules to be applied, but the translation and reduction of unwieldy political demands into narrow legal claims. In Wendy Brown and Janey Halley's words, "the covertness of norms and political power within legal spaces repeatedly divests political questions of their most crucial concerns" (BROWN and HALLEY, 2002, p. 19).[3]

The concept of lawfare, around which this special issue pivots, carries this concern about legality as a language of political contestation to explore judicialization as an unfinished project that involves competing legal genealogies, aspirations, and strategies both inside and outside the courts (see BIEHL, 2019; GLOPPEN, 2021). This shift in emphasis allows other

3 "When the available range of legal remedies preempts exploration of the deep constitutive causes of injury (think hate speech and the racial order that makes it sting), when the question of need for the right (think abortion and the way reproductive work is organized, valued and [un]remunerated in male-dominant orders), we sacrifice our chance to be deliberative, inventive political beings who create our collective life form" (BROWN and HALLEY, 2002, p. 19).

kinds of questions to arise. For example, in her ethnographic work with indigenous systems of justice and struggles for sovereignty in Guatemala, Rachel Sieder challenges a Weberian model of the legal-bureaucratic state that progressively absorbs social life. She finds instead that Mayan peoples' appropriations of state-like legal language fundamentally challenge how law is spoken, where and by whom (2010). Then the question becomes: under what conditions can the state (and its courts of law) *hear* alternative visions of justice and normative order – that is, of law spoken otherwise?

Robert Cover addresses this question as a foundational problem of the state and its claim to jurisdiction (1983). According to Cover, the court and the state are "historically and mythically" posed as the solution to the problem of "too much law" – that is, the normative plurality and indeterminacy that collective life gives rise to and depends on in order to flourish (COVER, 1983, p. 40-41). Substantive legal interpretation must therefore respond to the multiplicity of legal norms and meanings – and more radically, to our ongoing capacity to imagine other possible worlds in common (see MOTEN, 2018, p. 6). This "jurisgenerative impulse" of community is constitutively at odds with "the jurispathic function of courts" which must "assert this *one* law, and kill all the rest" (COVER, 1983, p. 53). In order to justify the singular authority of the state to make law, courts rely on a hermeneutic of jurisdiction. When a judge invokes jurisdictional principles, they avoid their responsibility towards the challenge of the multiplicity of legal meaning while securing the superior authority of the state (COVER, 1983, p. 54-55). Cover reviews several U.S. Supreme Court cases in which a "statist orientation of jurisdiction" prevents it "from ever reaching the threatening questions" (COVER, 1983, p. 56).[4] Along these lines, the Brazilian and Mexican Supreme Courts' recourse to the rules of jurisdiction in the cases described above effectively elide the political challenges posed by them, which both made reference not only to the constitutional right to health, but also to wide-reaching issues of socioeconomic inequality and gender-based violence.

Audra Simpson accounts for the violence of the fantasy of singular law in her ethnographic work with Haudenosaunee people living in national territory split by Canada and the U.S. Describing the situation as one of "nested sovereignties," she holds in difficult analytic tension the fact that the political being of settler-colonial nation-states is premised on the dispossession of indigenous sovereignties – a dispossession exacted through recognition as well as exclusion – and the fact that the ongoing political presence of indigenous people means that the fiction of monolithic state sovereignty does not hold (SIMPSON, 2014,

4 Importantly, Cover does account for judges' claim to jurisdiction as potential resistance to authority whenever it "implies the articulation of legal principle according to an independent hermeneutic" (COVER, 1983, p. 59).

p. 12). In this vein, anthropologists and sociolegal scholars have taken up jurisdiction as an analytic lens through which "ontological questions of the essence of sovereignty become pragmatic ones" (RICHLAND, 2013, p. 14). Jurisdictional claims, however embedded in architectures of legal violence, also reveal the contingency of sovereignty, its performativity – or need to be spoken and reiterated in order to remain in force (KAHN, 2017; VALVERDE, 2009). Thus at stake in an analytics of jurisdiction is the precarity and unfinishedness of any unified sovereign body, even as liberal ideals of law and the democratic state rest on the clarity of bounded territory. While state claims to jurisdiction are attempts to fix and stabilize legal meaning and authority in time and space – to enact a "legal territorialization" – this never takes place in full (OBARRIO, 2010; see also COOPER, 2018).

In this paper, I explore how arguments of jurisdiction emerge as a vital site of abortion lawfare in Mexico. I trace how they have been mobilized from "above" and "below" in ways that reveal the cracks and fissures of legality and state sovereignty, rather than its seamless consolidation. Most importantly, I attend to how people who are seeking abortion move within and across these fissures. My interest in these issues stem from years of ethnographic research that I conducted between 2009 and 2019 as an *acompañante*, or companion, to people seeking ways to end pregnancy across jurisdictional borders. I was trained and mentored by Fondo MARIA, a Mexico City trans and queer inclusive feminist activist group devoted to providing abortion access support and quality information about sexual and reproductive health and rights. Through Fondo MARIA's relationships with healthcare providers and officials in Mexico City, I eventually conducted participant-observation in both public and private abortion clinics, and later spent time with *acompañantes* in other states. I also got to know many Mexico-based reproductive rights litigators, advocates and NGO leaders.

In what follows, I first give a brief overview of the 2008 Mexican Supreme Court case that upheld the decriminalization of abortion in Mexico City to highlight how legality and jurisdiction became a key part of the court's jurisprudence. I then recount a conversation with David,[5] a Mexican lawyer, who describes how he reappropriated the court's formal use of principles of legality toward his own ends in what he calls "legal guerilla." In the second part of the paper, I describe an encounter with a teenage couple from the state of Hidalgo outside a Mexico City clinic and how they navigated the ambiguous spaces and temporalities of inclusion and exclusion of abortion legality and clinical care. In closing, I consider legal guerilla as an ethos of skepticism towards the protective capacities of law and as an exigent practice among those who must move through overlapping and contradictory legalities and jurisdictions.

5 Pseudonyms are used throughout to protect confidentiality, except when my interlocutors prefer to be cited by name.

## 1. Jurisdiction as Lawfare from Above and Below

In April 2007, the Legislative Assembly of Mexico City decriminalized abortion within the first 12 weeks of pregnancy and inaugurated a public program for "Interrupción Legal del Embarazo" (ILE). One month after the passage of the Mexico City reforms, the president of the Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) brought an action of unconstitutionality against the Legislative Assembly of Mexico City to the Supreme Court (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2007).[6] The original CNDH action included the argument that the reforms violate the right to life protected in the Mexican Constitution, drawing on debates about fetal innocence and personhood that have taken shape in the Americas over the last thirty years (GIANELLA, 2018; GUEDES DE MELLO and RONDON, 2020). After an unprecedented appeal to the participation of civil society with a series of public hearings that addressed the juridical status of "life" from many perspectives – including bioethical considerations of fetal development, public health data on maternal mortality, religious and moral questions of ensoulment, and feminist arguments for women's dignity and right to a life project (see UNAM, 2008) – the court's final decision rested on an argument about jurisdictional authority. Instead of addressing the substantive questions it heard discussed over the course of several days, it brought to the fore formal issues that had been raised by the CNDH about "the principles of the exact application of the law" and the obligation of legislators to "avoid using indeterminate concepts" that generate uncertainty within the law (SCJN, 2007, p. 84).[7]

In August 2008, eight of eleven justices declared the reforms constitutional on the grounds of Mexico City's jurisdictional authority *not to penalize* an action even if it is considered a crime under federal law. Rather than commit to an interpretation of sexual and reproductive and fetal rights, it ruled on the CNDH's contention that there was a formal contradiction between Federal and Mexico City Penal Codes, and the related question of whether there had been an overreach of Mexico City authority. Although the decision was in favor of Mexico City, it was "technically" banal given the several days the court spent hearing philosophical, bioethical, and public health-based arguments in the public audiences.

In January 2015, I traveled several hours by bus to speak with David, a central figure in the circle of feminist constitutional law scholars and litigants in Mexico. He enthusiastically welcomed me to a new office with floor-to-ceiling windows overlooking a dry landscape, calling on his assistant – an extremely bright postgraduate student – to make us coffee, and

6 An action was also put forth by the Attorney General's Office, and the Supreme Court subsequently consolidated their arguments into one case.

7 These principles speak directly to one of Cover's other points, that state authority is often justified as a solution to the problem of *uncertainty*, which he contrasts with the problem of *multiplicity* of legal meaning.

later inviting me to continue the conversation over dinner with his family. David had worked on arguments for upholding Mexico City's decriminalization of abortion in the Supreme Court hearings in 2008 and, more recently, had pushed for a new abortion rights litigation strategy through "*controversia constitucional*" or constitutional controversy. He contrasted the relatively conservative approach of the feminist nongovernmental organizations (NGOs) that over the last few decades had spearheaded most of the litigation on abortion rights through the writ of *amparo* and this new, perhaps more radical engagement with law, which he called "legal guerilla."

The writ of *amparo* is the oldest mechanism for the protection of individual constitutional rights from violation by the state, dating back to the 1847 Constitution. To be under an "*amparo*," or "*amparado*", means to be protected or sheltered by law. But situations of unwanted pregnancy are temporally urgent and pursuing an *amparo* takes years. Furthermore, *amparos* usually generate jurisprudence confined to questions of due process and state procedure (see MADRAZO and VELA, 2013). In spite of its history of limited scope, *amparos* have been mobilized to hold state officials accountable for denying individual women access to abortion in those exceptional instances when it should be legal, most often when the pregnancy is the result of rape, such as in the famous case of *Paulina Ramírez v. Baja California*. Paulina was thirteen years old when she was sexually assaulted in 1999 and subsequently denied a legally permitted abortion by health and law enforcement officials. In 2002, an alliance of Mexican and transnational reproductive rights NGOs filed a petition on her behalf with the Inter-American Commission on Human Rights (ICHR, 2007). In the widely circulated pamphlet *Paulina: In the Name of the Law*, reproductive rights advocates denounced public health officials for "prioritizing their own personal religious beliefs over the rule of law" and called for the neutrality of legal institutions necessary for a democratic secular state (GIRE, 2005). More recently, in July 2021, the Mexican Supreme Court decided an *amparo* case initiated in 2018 on behalf of a woman in Chiapas with cerebral paralysis, who was a legal minor and who had been raped (*Amparo en revisión 438/2020*). Although the family secured an abortion through a private clinic, they also pursued an *amparo* against public hospital officials who had denied the abortion on the grounds that her pregnancy had exceeded the legal time limit. The Supreme Court granted the *amparo*, called for reparation for the damages done, and stated that temporal limitations on abortion access in cases of rape are a violation of women's rights (MORALES, 2021).

The problem with this strategy, as David explained, is that a person must be willing to go through years of life-distorting legal battle. She must file an *amparo* against the state either following an illegal abortion, in which case she risks going to prison having made her "criminal act" known by virtue of the suit, or before, in which case she will have to carry the unwanted pregnancy to term due to the slow process of petition. *Amparos* require a pregnant person to sacrifice their immediate needs for the sake of a future-oriented legal argument. This mode of sacrifice implies a certain faith in narratives of democratic progress

and in law as an instrument of shared liberal values. It also demands the construction of a victim-subject that will gain rights only by appeal to the moral outrage of her violation. The irony in this circle of legal constructions is that it works through the displacement of a person's actual bodily and moral needs in the present, who, when facing untenable pregnancy, is urgently caught in embodied time – a time that stands quite at odds with the temporal horizon of the *amparo* procedure.[8]

The strategy of invoking constitutional controversy, on the other hand, foregoes the iteration of liberal ideals of constitutional law as protection that an *amparo* relies upon, and instead invokes principles of legal authority to make a jurisdictional claim. Both are strategies of holding the state accountable within its own terms, but the latter, I argue, involves an especially pragmatic and skeptical kind of legal play. In the cases that David worked on in 2013, municipal governments challenged the authority of their own state governments to pass reforms that protect life from the moment of conception when such laws interfered with the capacity of municipalities to provide adequate health care. Pushing back against the criminalization of abortion with constitutional controversies, in David's words, "brought the debates about abortion back into the legal game of jurisdiction" that the Supreme Court initiated in its 2008 decision. As I came to understand by the following anecdote, the game involves using principles of legality to pose a political challenge to higher jurisdictional authorities.

At first, I thought David's allusion to "guerilla" might have been referencing indigenous movements for jurisdictional autonomy in Oaxaca and Chiapas, and I was amused, and a bit thrown, by the explanation that followed. David's inspiration for pursuing the constitutional controversy strategy was actually President Andrés Manuel López Obrador's (AMLO) brief refusal of the federally mandated switch to daylight savings time in Mexico City a decade prior. In 2001, one year after the defeat of the PRI and the presidential election of Vicente Fox of the Partido de Acción Nacional (PAN), who was previously the governor of Baja California – the state where Paulina Ramírez was denied an abortion – AMLO, the mayor of Mexico City at the time, staged a political confrontation with Fox and the federal government by refusing to adopt daylight savings time. In an interview with *La Jornada*, he associated it with US imperialism, asserting that "they cannot, from abroad, impose on us what time we must wake up, what time we must go to work, what time we must go to sleep" (SMITH, 2001). While AMLO claimed jurisdiction over time in Mexico City, Fox claimed the clocks in federal offices and institutions, such as public schools, airports, and banks. However briefly, the capital city was divided by competing governmental authorities

8 See Ratna Kapur (2006) on the exclusionary narratives of the liberal subject at work in human rights as a governance project and Erdman (2017) on the problem of time in abortion law.

in a jurisdictional contest that literally – to the point of absurdity – scattered time into disjointed pieces.[9]

The case models legal guerrilla not so much as a claim to autonomous *territory*, but as a rhetorical style of argumentation that opens up the homogeneous space-time of the state – its chronotopic sovereignty – from within.[10] AMLO's argument was that the legitimacy of the daylight savings policy was in question because the wrong legal authority had put it into effect. He waged a jurisdictional claim "from below" that challenged the hierarchy of legal power in which the nation-state contains and regulates all authorities subsumed within it, and not incidentally, the claim was made about the world-ordering, life-punctuating figure of time itself. The story left me thinking about how the legal game of jurisdiction pluralizes time and space in abortion law, and what this means for people who navigate its fissures.

## 2. Navigating the Fissures in Jurisdiction

> "*Those of us who live in DF [Mexico City] have a lot of rights and the women who live outside don't have any [...]. They should realize that women are going to come to DF. They can't stop them [...] I mean, you can't block the sun with your little finger.*"
>
> *Doctor A., a provider in a public abortion clinic in Mexico City*

People working in and attending the newly legalized abortion clinics in Mexico City sometimes voiced the idea that the capital city is a place of rights-based citizenship in contrast with the patriarchal religiosity of the "rest of Mexico." Doctor A.'s remarks above join a familiar narrative of national progress that associates modernity with the cultural, economic, and educational privileges of urban living and imagines Mexico City as a place where citizenship projects are engineered and then applied elsewhere (see LEAL, 2011). A man waiting for his wife inside one of the Mexico City abortion clinics once muttered to me that "the state should guarantee this service [...] it's not going to happen in any other states, though. We only achieve this kind of thing in DF [...] DF might as well be France!"

Scholars have theorized the "mutations in citizenship," to use Aihwa Ong's phrase, that occur in contexts of global health triage and transnational migration for medical care (ONG,

9 The anecdote is reminiscent of Jorge Luis Borges's story *Del rigor en la ciencia* (1954) about an empire that makes a life-size map to cover the entirety of its territory, but which is completely irrelevant for actual use. See also Paz (1990) on Mexican modernity and the search for real time.

10 For more on the chronotope, see Mikhail Bakhtin (1981). I return to this concept in the conclusion.

2006; ROBERTS and SCHEPER-HUGHES, 2011; PETRYNA and FOLLIS, 2015) and, specifically, travel across borders to access safe abortion (KELLY and TUSZYNSKI, 2016; SINGER, 2019). Over the past several years, Mexican reproductive rights advocates, in concert with feminist movements across Latin America, have advocated for national reforms to legalize abortion, arguing that the right to abortion in Mexico City and its criminalization in other Mexican states amounts to second-class citizenship for those who live outside the city's limits. While Hidalgo and Oaxaca have passed reforms modeled on Mexico City's policy, as of yet they have not been implemented in the public healthcare system. If and when they do, there will be more openings in the abortion access landscape, but no assurance that the states that maintain criminalization will not intensify surveillance and prosecution. Until abortion is fully decriminalized at a transnational scale, the problems of border crossing and of who carries the burdens associated with it remain pressing.

Dr. A.'s comment also reflects the contradiction that besets jurisdiction as a boundary-making device of governance: it is impossible to stop the rays of the sun with your finger – boundaries are going to be crossed. If there is an "inside" where people have rights and an "outside" where people do not, what happens to those who are in transit between these spaces? In referring to the sun, Dr. A. betrays a certain optimism and hope about people's mobility and their arrival to a protected space of rights. But the boundaries between "having" and "not having" rights are much more mutable than Dr. A. suggests. People who seek abortion in Mexico City from other states carry competing jurisdictions in their bodies.

The problem is not only that state lines prohibit entry into the Mexico City ILE program, but that complex geographies of race and class stick to the body, such that even when one is "inside" the space of legality, one might be marked as less deserving of rights and care.[11] Abortion access, in this sense, is an intensely charged site of making and remaking the "interior frontiers" of the body politic (see STOLER, 2012; TICKTIN, 2011). Being in transit, whether from the periphery of Mexico City that overlaps with the neighboring state jurisdictions of Morelos or Mexico, or from further places, only intensifies the labor of carrying the border along as a bodily condition.

One of the key rationales for Mexico City lawmakers in the 2007 reforms was to decrease the maternal mortality and morbidity rates associated with clandestine abortion practices, which are closely correlated with socioeconomic conditions (LAURELL, 2008; CANTÓN,

11 Elsewhere I explore how exceptional legality makes patients particularly vulnerable to moral stigma and punishment and how this in turn shapes the bodily and affective experience of pain surrounding abortion in public ILE clinics (KRAUSS, 2018). Joaquina Erviti (2005) also traces how poor women and women marginalized by state health care institutions in Morelos are subject to moral suspicion and punishment, often enacted through the denial of pain medications when being treated after an abortion or miscarriage.

FERNÁNDEZ and URIBE, 2012). In addition to the decriminalization of first trimester abortion in the city's penal code, the reforms included a blueprint for implementation in the public health care system aspiring to make safe legal procedures accessible across the city. Rather than integrate legal abortion services into existing hospitals, they envisaged independent clinics that either operate independently or are annexes to Seguro Popular health centers.[12] These specialized abortion clinics, purportedly to meet the needs of poor and uninsured women, entail both a social vision of the right to health and one of quarantine and exception from the standing moral order of citizen entitlements and state responsibility.

Abortion access structured as exception emerges from a long history of Latin American feminist legal advocacy within the constraints of criminalization. Over the last decade, these strategies have been consolidated in the "health exception model," which seeks to expand access by broadening interpretations of "risk to maternal health," which exists alongside rape as an "exception" under which abortion should not be punished in many Latin American penal codes (GONZÁLEZ, 2012). While enabling varying degrees of access depending on the political context, exceptional legality sustains a "double normative regime" of criminalization and conditional rights (RAMÓN MICHEL and CAVALLO, 2018). It also channels a great deal of power to health care providers as mediators between women and the law, as interpreters of what counts as an exception and who deserves to be recognized within its framework.

Our analysis of "access" must therefore involve not only the territorial borders between regimes of rights and criminalization but also the ways in which geographies of race and class are enacted through moral transactions of deservingness in health care practice. Such border making practices "inside" spaces of legality and care mark bodies differentially. Khiara Bridges (2011 and 2017) makes this argument in her analysis of how black and women of color patients in a Medicaid prenatal program in New York City (an exceptional form of entitlement limited to the duration of pregnancy) are made especially vulnerable to surveillance and punishment.[13] In other words, gaining access to "rights" and "care" with-

12 Seguro Popular is Mexico's national public health insurance program that offers an essential package of health care, free of cost to all citizens, with additional medical needs provided on a sliding scale or channeled into the IMMSS or ISTEE systems (social security-based programs designed for formally employed workers and workers of the state). Although "public," Seguro Popular relies on many private-public partnerships for funding and varies widely in infrastructure across states.

13 As Bridges (2011 and 2017) argues, the Medicaid prenatal program in the NYC public hospital where she did her ethnographic research exists as an exception within the privatized healthcare landscape of the U.S. where health is generally defined as an individual responsibility rather than a shared social good.

in a space demarcated as exceptional to the general legal and moral order entails racialized and classed constructions, judgments, and exchanges that can remain unsaid in the letter of law but that nevertheless shape the disciplinary and productive effects of state power. What became tangible in my ethnographic work was how jurisdictional borders can be felt in the body as the weight, speed, suspension and dilation of time.

Between 2009 and 2014, I conducted fieldwork as an *acompañante*, or abortion access companion, in the Mexico City-based feminist initiative Fondo MARIA. This work brought me in contact with people from all over Mexico, as well as neighboring countries, as they confronted the situation of undesired or impossible pregnancy and then made practical plans about what to do. As my friend and mentor Oriana once described the work of *acompañantes*, we "shine small lights to open up the tunnel vision so that people can see alternatives." Many of the women who contacted the fund, and some of them whom I later interviewed, described the experience of searching for safe abortion as *aplastante* – literally, "crushing." Another person wrote in an email requesting help from the fund that "*el tiempo me viene encima*" – time was running her over. While the legality of abortion in Mexico City opens a new way to access to clinical procedures, ongoing criminalization also condenses time and pressurizes the space of this opening (like a tunnel), making for an intensely stratified politics of access that accompaniment projects attempt to mitigate. Temporality, encounter, and movement, in this sense, are as important to how we understand the constitution of subjects and the force of law as are spaces and bounded territories (see POOLE, 2004).

Data collected between 2013 and 2015 by the Mexico City director of reproductive health services and researchers from the Harvard T.H. Chan School of Public Health show that 66% of women accessing legal abortion clinics are from Mexico City, 22% come from the surrounding metropolitan area, 7% come from bordering states, and only 2% come from the rest of Mexico (SENDEROWICZ, SANHUEZO and LANGER, 2018). The same article, using education levels as an index of socioeconomic status, shows that the farther people live from the city, the more educational, social, and economic resources they needed to be able to make it there. A recent article from the Guttmacher Institute complicates this picture with data on pharmaceutical abortion practices outside legal and clinical settings with misoprostol, a pill that is available for purchase in most pharmacies in Mexico.[14] The widespread circulation of misoprostol means that abortion safety is no longer solely associated with legality but rather with the robustness of NGO mediation and personal networks – what the authors call women's "informants," or their partners, relatives, and friends

14 For the stratified citizenship generated by uneven access to misoprostol in Latin America with a focus on Brazil, see De Zordo (2016).

(JUÁREZ, BANKOLE and PALMA, 2019).[15] Data also show that most women do not consider the presence of legal exceptions in their state's penal code (such as the risk to health or in the case of rape) when making a decision about what to do. In other words, people rarely consider petitioning the state for a legal abortion outside of Mexico City; the two most viable options are to use misoprostol or travel to a Mexico City clinic. At the same time, most women reported that they feared prosecution and incarceration for practicing an illegal abortion. This all suggests that the moral force of abortion law is still heavily punitive. In fact, the average number of women facing penal charges related to illegal abortions in Mexico has significantly increased: from 62 cases a year between 1992 and 2007 to an average of 226 cases a year between 2009-2011 (SIN EMBARGO, 2013).

There are few data on the particular difficulties that women under the age of eighteen, as minors, face given the requirement for parental consent to access Mexico City clinics. The troubles that teenage women might have with accessing legal clinics intersect with some of the shortcomings of misoprostol in particular ways. First, the safety and efficacy of pharmaceutical abortion depends on the knowledge of how many weeks one has been pregnant, which, in lieu of an ultrasound, is easier to figure out the more experience one has with previous pregnancy, menstruation, and sexual life. Second, the process of self-administered pharmaceutical abortion takes more time, requires attention to one's body and symptoms, and often includes painful cramping. All of this makes it especially important to have a secure place to go through it and to be in the company of someone else who understands what is happening.

One morning while I was waiting outside an abortion clinic for a woman who was undergoing a procedure, a teenage couple approached me to ask for help. The pair had found the address of the clinic on the internet and decided to come in the middle of the night from Hidalgo, about five hours north. When sixteen-year-old Alondra had presented herself to the clinic secretary, she was told without further explanation that she needed her parents' consent. After that, she had stayed a few moments in the clinic waiting room watching the other women who, some of them also minors, were simply giving the secretary copies of photo IDs as evidence of their parents' consent. Alondra and her boyfriend Jorge had since been wandering around outside, looking for someone who would agree to let them photocopy their ID at a nearby internet-copy shop – anyone with the same last name, Morales Cruz.

As they explained their plan to me, I couldn't help but show my surprise; it seemed at once so determined and so hopeless. "It's a pretty common last name," Jorge told me when he saw the doubt move across my face. "When my parents found out [about the pregnancy],

15 I want to draw attention to how the language of "information network" has come to dominate analyses of the politics of abortion access. We should question the relationship between "care" and "information."

they threw me out of the house," Alondra added to highlight the direness of the situation. As we spoke under the tent where other family members and friends waited for women inside the clinic, a guard recognized Alondra and told us to leave the premises, so we walked outside to the street. I called Sofía at Fondo MARIA to see if the accompaniment network could help Alondra access an abortion that day. It was only 7:30 in the morning and Sofia wasn't yet in the office, so we sat on a park bench and waited. About an hour later, she called back and gave me the number of one of the best private clinics in the city. I wrote it down and handed it to Alondra, who handed it to Jorge.

"The credit's about to run out," he said with exasperation between his brows, as he dialed the number on his cell phone. He turned his back to Alondra and me as he spoke in a barely audible voice with the private clinic's secretary. After a few minutes, he turned back and handed me the phone with a startled look: "They want to see if you will pay," he said. I hesitated but took the phone and told the secretary I didn't know if that was possible. "With pleasure, we'll take care of them," she said in a sickeningly sweet voice, "but there will be recovery fee of 2,000 pesos [about US$110 at the time]," and then the phone credit ran out.

I called Sofía again, now with a feeling of unease rising in my chest. Jorge and Alondra stood facing each other silently, glancing at me now and then nervously. "Sofía said she would call back at 10 a.m., after she gets to the office," I said hanging up. "I think we'll just get going now then," Jorge said with some suspicion. "We'll get the pills instead." They had heard of Cytotec, the brand name of misoprostol, about a week ago from a friend and had researched it online. They found a website that sold two pills for 500 pesos and gave a protocol for how to use it. I told them that the public clinic dispenses the same pills for free and that you can also buy them in a pharmacy as an over-the-counter medicine for ulcers. Alondra hadn't had an ultrasound and she didn't know how many weeks she had been pregnant. Since the efficacy of the pills depends on how far along one is in a pregnancy, it would be riskier to use them without knowing. The couple also had no physical place to be during the process of the abortion and would have to wander the city as Alondra would potentially be experiencing painful cramps. For all these reasons, I told them it was probably worth it to try to go to a clinic where it would be much safer.

Jorge looked at Alondra. "We can wait," she said softly. We walked back to the park they had slept in the night before and sat on the bench. It was cold in the shade, so we moved back into the sun. We sat there, me checking my phone obsessively, and impatient. Since their phone was out of credit, the only way they could receive the call from Sofía was if I stayed with them until 10 a.m. Jorge and Alondra alternated between nuzzling each other and staring straight ahead blankly. We kept sitting there and sitting there. Alondra was lying against the back of the bench and Jorge was tapping his foot. A man who was waiting for his wife inside the clinic asked us if he could leave his stroller with us as he chased his two-year-old son. When he returned, he sat on the bench beside us and tried to make small talk that no one felt like having.

Finally, Sofía called and Alondra perked up. I handed her the phone. All three of us watched her carry out the conversation. At one point, she laughed and said, "No, actually I'm getting dizzy from not eating." To go through the manual aspiration abortion procedure at the private clinic, she would need to have an empty stomach – but after the long journey and without any money, she hadn't eaten anything anyway. "What are you going to do after?" I asked them as we stood up. They shrugged. "Can Alondra go to your parents' house?" "I don't think so," Jorge responded. "Do you have any siblings who would help?" I asked Alondra. "One, but she lives in the same house as my parents." I asked them if they wanted me to go with them to the clinic, which was on the other side of the city. Again, Jorge deferred to Alondra. She looked at me: "If you have time," she whispered, and so we walked together toward the metro.

Alondra's mood changed as we walked. She shivered. "Is it really cold or is it just my nerves?" she asked awkwardly, blurting out the words and then giggling. Neither Jorge nor I answered her. From the metro window, Jorge pointed out places where family members of his had previously lived, and Alondra followed his gestures with big half-hearted eyes. We got off and he asked a passerby where the clinic was. "I couldn't tell you" the person grumbled. We walked in silence until we saw the clinic across the street. "I'll leave you here," I said, and we briefly hugged goodbye. Sofía later received a call from the clinic that Alondra had undergone her abortion procedure. Another *acompañante* went to the clinic to give her and Jorge cash for a bus ticket home. They signed a promissory note to return all or a portion of the money over the next couple of years to Fondo MARIA whenever they found the means.

## 4. Legal Guerilla as Ethos and Practice

Bringing David's story of competing federal and city jurisdictions that scattered time in Mexico City alongside the scenes of Alondra and Jorge's searching and waiting outside the ILE clinic, we can begin to ask what it means to be crossed by state borders. We might picture how people made do and kept time while official time was split into fragments of city-space. Mikhail Bakhtin (1981) defines the idea of the "chronotope" as the mutual imbrication of space and time that determines or makes possible kinds of action in the novel. As Jessica Cooper examines in the context of U.S. mental health courts' dealings with its "clients," court claims to jurisdiction attempt to "fix people in time and space" in order to assign agency and moral responsibility to the individual subject (COOPER, 2018, p. 87). What happens when this fundamental aspiration of the state to what we might call "chronotopic sovereignty" scatters and fissures – becomes multiple? How does this situation afford alternate ways of acting in time and in relation to one another? In closing, I want to think through "legal guerilla," to borrow David's phrase, as more than a litigation strategy played in the courts. It is a learned capacity of skepticism

towards the state that grows from moving across fissured space-times of legal authority and sovereignty.

Jorge and Alondra attempted to access the legal abortion clinic by whatever means they had at hand or could come by. They didn't stake a claim for what they needed in terms of what they were entitled to as "rights" – that whole conversation mattered little to them, but they were determined to find a way to pass through. Their search for a photocopied identification that could stand in as parental consent suggests that this politics of passing through must be thought in terms other than those of citizenship based on rights-recognition or the biopolitics of "care" as defined by the public health appraisal and discipline of individual bodies and located populations. Passing, as Rihan Yeh begins her ethnography of the Mexico-U.S. border in Tijuana, entails the "ambiguities, tensions, and anxieties that come of trying to get by in a system in which law aspires to fix identity [...] *passing* highlights the vulnerability of identity in general" (YEH, 2017, p. 3).

Audra Simpson refers to the labor of living for indigenous people crossed by borders and in relation to nested sovereignties. In her context, this labor involves constantly asking oneself the question of which authority one answers to, and the refusal of state recognition in so far as it demands the denial and subjection of alternate moral horizons and indigenous sovereignties. In the case of competing jurisdictions of abortion rights and criminalization, sovereignties are "nested," and also fissured, mobile, and interpenetrating. The authority of state law appears and dissipates in relation to contingencies and conditions. In Alondra's and Jorge's situation, it was whether or not they found a person willing to lend their identification, their happenstance encounter with me and Fondo MARIA, and ultimately their ability to access NGO money so that they could go to a private clinic where state rules and protocols such as parental consent become flexible. The legality of abortion in Mexico City is therefore not an oasis of rights recognition but rather an ongoing contest of jurisdictional authority that creates disjointed times and moral forces of law that people carry with them as they move. The disjunctures of jurisdiction show up quite explicitly in the uneven bureaucratic grid that stratifies people's access to clinical care and in the weight of embodied time for people seeking a way to end pregnancy.

People who seek abortion across jurisdictions are *doing* legal guerilla as they carry the labor of finding the cracks in law and adopting the necessary bureaucratic forms of appearance to access what they need. As they figure out how to move between and across regimes of legality and care, they sometimes find the "capacity to side-step state-time" (KERNAGHAN, 2015, p. 83). This latter dimension is central to how Fondo MARIA defines its principles of action. They are committed to meeting people's needs for abortion in the present and to using the terms of legality when they enable that commitment, but not for the sake of legal argument, or in the name of law (see KRAUSS, 2019). This is what distinguishes their activist practice from the *amparo* work of legal advocacy NGOs. *Acompañantes* work in the interstices and thresholds of legality; they "know the law" and "use it" while enacting an alternative collective nomos.

As the issue editors highlight, feminist movements for reproductive health and gender equality have entered a new era of lawfare intensely focused on the right to abortion (see this whole special issue, "Abortion Lawfare in Latin America" at *Revista Direito GV*, v. 17, n. 3, 2021).[16] The concept of lawfare encompasses both the role of legality in the legitimation of the violence of postcolonial states, and the appropriation of legal tools and rationalities to contest its authority. We might then understand jurisdiction as one of the predominant legal forms through which state authority is currently being challenged or turned back on itself, as well as reconsolidated in abortion debates across the Americas.[17]

In extending David's idea of legal guerilla to include feminist accompaniment projects and practices of necessity like Jorge's and Alondra's, I join a broader conversation about a kind of politics that exceed rights and legality, and that challenges them as the primary objects to which we attach struggles for social justice and feminist world-making (SPADE, 2013; CRENSHAW *et al.*, 1995). When a student of mine in the U.S. asked Oriana who visited our class if "breaking the law or pushing the boundaries of the law is necessary to make the change that you're looking for" she laughed and replied:

> I mean, I am Mexican, so my relationship with law is very different from in the US [...]. When I'm with people from the US and I say, "I'm just going to steal this," people don't understand and they say, "What?! Why?!" [...] Argentinian lawyers have this saying: law is not what is written but what is done, and you make law by what you do. I think that has to do with the need to push boundaries and the need to push for the things that you think are just. That can be a philosophical discussion on what we feel justice is. When I say justice, I'm pretty sure I'm not thinking the same thing that law students would be thinking justice is.

Abortion lawfare, as Siri Gloppen (2021) notes, has created many new arenas of legal contestation where "material changes in access to safe abortions may not be what matters most to the contestants [...] [but rather] what is often termed ideational or symbolic effects" (this issue). In other words, symbolic advances in legal abortion rights do not necessarily

16 Vela Barba (2018) draws on critical studies of mass incarceration in the United States to caution Mexican feminist movements from demanding a punitive state response to escalating gendered and sexualized violence. Such demands have largely asked for more criminal law, and more applications of it, in contrast to feminist struggles for abortion rights, which have sought to limit the scope of criminal law and to broaden the legal discourse of social and economic rights. Jurisdictional claims may also be thought in terms of domains of law and faces of the state, i.e. criminal law vs. social welfare policy.

17 Rachel Sieder and Yacotzin Bravo (2021) examine how Mexican feminist lawyers and associations are increasingly contesting "higher" jurisdictional authorities from the "lower" state and municipal levels to create access to abortion.

translate into better or equal access, nor changes in the myriad political economic and social conditions that surround the situation of needing to end pregnancy. This is a crucial point that Latin American, Caribbean and women of color feminists have made for decades.[18] Drawing on ethnography, I approach legal contest from within the material and moral worlds that people traverse and live through. In this material world, legal guerilla is a critical practice among those who move through overlapping and contradictory legalities and jurisdictions without the economic power to float above them. Oriana's response to the student above suggests that *doing* law is a practice that must exceed what has been written by the state; it must challenge "a statist orientation of jurisdiction." In other words, unless we can learn to imagine laws beyond legalism, we won't be able to feel what we mean by justice. This is not a call to reject progressive liberal values or the human rights project, but rather to acknowledge its failures and exclusions and to stake a claim within our intersectional feminist abortion politics to the capacity to imagine nomos beyond the state – to our jurisgenerative wisdom grown from collective practices of solidarity and care.

**ACKNOWLEDGMENTS**

*Research for this article was supported by the Pozen Center for Human Rights at the University of Chicago. The author owes thanks to the special issue organizers and to Rachel Sieder for the invitation to participate in the abortion lawfare research group, and to Camila Gianella, Gabriela Rondon, Elizabeth Davis, the Medico-Legal Anthropology working group, Sebastián Ramírez, and Kathleen Cavanaugh for commenting on early drafts of the paper. She also thanks Lorenzo Granada for helping these thoughts come to fruition in the end. Indebted, as always, to Fondo MARIA.*

18 See for instance Loretta Ross and Ricki Solinger on the exclusion of black and women of color needs and experiences in the white liberal feminist emphasis on "the right to choose" in the United States (2017) and Andaiye's articulation of a demand for legal abortion from the perspective of women as unwaged care workers (TROTZ, 2020).

## REFERENCES

BAKHTIN, Mikhail M. Forms of Time and of the Chronotope in the Novel. *In*: BAKHTIN, Mikhail M. *The Dialogical Imagination*: Four Essays. Translation by Caryl Emerson and Michael Holquist. Texas: University of Texas Press, 1981.

BERGALLO, Paola. Cosmovisiones constitucionales e interrupción del embarazo. *Revista Pensar en Derecho.* Buenos Aires: Editorial Universitaria, 2017.

BERLANT, Lauren. True Feeling: Pain, Privacy and Politics. *In*: BROWN, Wendy; HALLEY, Janet (ed.). *Left Legalism/Left Critique.* Durham: Duke University Press, 2002.

BIEHL, João. The Judicialization of the Right to Health in Brazil. Lecture delivered in the Yale University Global Health Studies Program. 5 March 2019. Available at: https://www.youtube.com/watch?v=zBr9I3l_7WI&ab_channel=YaleUniversity.

BORGES, Jorge Luis. Del rigor en la ciencia. *In*: BORGES, Jorge Luis. *Historia universal de la infamia.* Buenos Aires: Emecé, 1954.

BRIDGES, Khiara. *The Poverty of Privacy Rights*. Palo Alto: Stanford University Press, 2017.

BRIDGES, Khiara. *Reproducing Race*: Pregnancy as a Site of Racialization. Berkeley: University of California Press, 2011.

BROWN, Wendy; HALLEY, Janey. Introduction. *In*: BROWN, Wendy; HALLEY, Janet (ed.). *Left Legalism/Left Critique.* Durham: Duke University Press, 2002.

CANTÓN, Sonia B.; FERNÁNDEZ, Gonzalo Gutiérrez Trujillo; URIBE, Ricardo Viguri. La mortalidad materna y el aborto en México. *Boletín Médico del Hospital Infantil de México*, v. 69, n. 1, p. 77-80, 2012.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John. Introduction. *In*: COMAROFF, Jean; COMAROFF, John (ed.). *Law and Disorder in the Postcolony*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

COOPER, Jessica. Unruly Affects: Attempts at Control and All That Escapes from an American Mental Health Court. *Cultural Anthropology*, v. 33, n. 1, 2018.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Yale Faculty Scholarship Series*, paper 2705, 1983.

CRENSHAW, Kimberle *et al*. Introduction. *In*: CRENSHAW, Kimberle *et al*. (ed.). *Critical Race Theory*. New York: The New Press, 1995.

CUOSO, Javier; HUNNEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. Introduction. *In*: CUOSO, Javier; HUNNEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (ed.). *Cultures of Legality*: Judicialization and Political Activism in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DE ZORDO, Silvia. The Biomedicalization of Illegal Abortion: The Double Life of Misoprostol in Brazil. *História Ciências Saúde-Manguinhos*, v. 23, n. 1, p. 19-36, 2016.

ERDMAN, Joanna. Theorizing Time in Abortion Law and Human Rights. *Health and Human Rights*, v. 19, n. 1, p. 29-40, 2017.

ERVITI, Joaquina. *El aborto entre mujeres pobres*: sociología de la experiencia. Cuernavaca: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

GIANELLA, Camila. Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina. *In*: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Cristina Jaramillo; VAGGIONE, Juan Marco (ed.). *El aborto en América Latina*: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

GLOPPEN, Siri. Conceptualizing Abortion Lawfare. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2143. https://doi.org/10.1590/2317-6172202143

GONZÁLEZ, Ana C. "The Health Exception": A Means of Expanding Access to Legal Abortion. *Reproductive Health Matters*, v. 20, n. 40, p. 22-29, 2012.

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA. *Paulina*: Five Years Later, 2005.

GUEDES DE MELLO, Anahí; RONDON, Gabriela. Feminismo, deficiência e autonomia reprodutiva: o aborto em tempos de Zika no Brasil. *Somatosphere*. 3 Feb. 2020.

HOBART, Hi'ilei; KAWEHIPUAAKAHAOPULANI, Julia; KNEESE, Tamara. Radical Care: Survival Strategies for Uncertain Times. *Social Text*, 2020.

INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto v. Mexico*, Case 161-02, Report No. 21/07, University of Minnesota Human Rights Library, 2007.

JUÁREZ, Fátima; BANKOLE, Akinrinola; PALMA, José Luis. Women's Abortion Seeking Behavior under Restrictive Abortion Laws in Mexico. *PLoS ONE*, v. 14, n. 12, 2019.

KAHN, Jeffrey. Geographies of Discretion and the Jurisdictional Imagination. *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review*, 2017.

KAPUR, Ratna. In the Aftermath of Critique We Are Not in Epistemic Free Fall: Human Rights, the Subaltern Subject, and Non-Liberal Search for Freedom and Happiness. *Law and Critique*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.

KAPUR, Ratna. Human Rights in the 21st Century: Taking a Walk on the Dark Side. *Sydney Law Review*, v. 28, n. 4, p. 665-687, 2006.

KELLY, Lisa; TUSZYNSKI, Nicole. Banishing Women: The Law and Politics of Abortion Travel. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 33, n. 1, p. 25-28, 2016.

KERNAGHAN, Richard. Cocaine's Minor Destinies: Ephemerality and Legal Threat on the Margins of the Peruvian State. *American Ethnologist*, 26 October 2015.

KRAUSS, Amy. Luisa's Ghosts: Haunted Legality and Expressions of Pain. *Medical Anthropology*, 2018.

KRAUSS, Amy. Ephemeral Politics of Feminist Accompaniment Networks in Mexico City. *Feminist Theory*, 2019.

LAMAS, Marta. Entre el estigma y la ley. La interrupción legal del embarazo en el DF. *Salud Pública de Mexico*, n. 56, p. 56-62, 2014.

LAURELL, Asa Cristina. Health Reform in Mexico City, 2000–2006. *Social Medicine*, v. 3, n. 2, p. 145-57, 2008.

LEAL, Alejandra. *For the Enjoyment of All*: Cosmopolitan Aspirations, Urban Encounters and Class Boundaries in Mexico City. Dissertation, Columbia University, 2011.

MADRAZO, Alejandro; VELA, Estefanía. The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1863-93, 2013.

MORALES, Yessica. SCJN declaró inconstitucional artículo sobre el aborto en el Código Penal Estatal. *Chiapas Paralelo*. 7 July 2021.

MOTEN, Fred. *Stolen Life*. Durham: Duke University Press, 2018.

MURILLO, Eduardo. SCJN rechaza proyecto para despenalizar aborto en Veracruz. *La Jornada*, 29 July 2020. Available at: https://www.jornada.com.mx/ultimas/politica/2020/07/29/scjn-rechaza-proyecto-para-despenalizar-aborto-en-veracruz-1756.html.

OBARRIO, Juan. Remains to be Seen: Third encounter between State and "Customary" in Mozambique. *Cultural Anthropology*, 2010.

ONG, Aihwa. *Neoliberalism as Exception*: Mutations in Citizenship and Sovereignty. Durham: Duke University Press, 2006.

PAZ, Octavio. *In Search of the Present*. Nobel Prize Lecture. 8 December 1990.

PETRYNA, Adriana; FOLLIS, Karolina. Risks of Citizenship. *Annual Review of Anthropology*, n. 44, p. 401-417, 2015.

POOLE, Deborah. Between Threat and Guarantee: Justice and Community in the Margins of the Peruvian State. *In*: DAS, Veena; POOLE, Deborah (ed.). *Anthropology in the Margins of the State*. Santa Fe: School of American Research Press, 2004.

RAMÓN MICHEL, Augustina; CAVALLO, Mercedes. El principio de la legalidad y las regulaciones de aborto basadas en los médicos. *In*: BERGALLO, Paola (ed.). *El aborto en América Latina*: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

RICHLAND, Justin. Jurisdiction: Grounding Law in Language. *Annual Review of Anthropology*, n. 42, p. 209-26, 2013.

ROBERTS, Elizabeth F. S.; SCHEPER-HUGHES, Nancy. Medical Migrations. *Body and Society*, v. 17, n. 2-3, p. 1-30, 2011.

ROSS, Loretta; SOLINGER, Ricki. *Reproductive Justice*: An Introduction. Berkeley: University of California Press, 2017.

SENDEROWICZ, Leigh; SANHUEZO, Patricio; LANGER, Ana. Education, Place of Residence and Utilization of Legal Abortion Services in Mexico City. *International Perspectives on Reproductive and Sexual Health*, v. 44, n. 2, p. 43-50, 2018.

SINGER, Elyse. Abortion Exile. *Culture, Health and Sexuality*, v. 22, n. 8, p. 855-70, 2019.

SIEDER, Rachel. To Speak the Law: Contested Jurisdictions, Legal Legibility, and Sovereignty in Guatemala. *PoLAR*, v. 43, n. 2, 2020.

SIEDER, Rachel. Legal Cultures and the (Un)rule of Law: Indigenous Rights and Juridification in Guatemala. *In*: CUOSO, Javier; HUNNEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality.* Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SIEDER, Rachel; ESPINOSA, Yacotzin Bravo. Abortion Lawfare in Mexico's Supreme Court: Between the Right to Health and Subnational Autonomy. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2138. https://doi.org/10.1590/2317-6172202138

SIMPSON, Audra. *Mohawk Interruptus*: Political Life across the Borders of Settler States. Durham: Duke University Press, 2014.

SIN EMBARGO. Aumenta el aborto en México. *Zócalo*, 14 July 2013. Available at: http://www.zocalo.com.mx/seccion/articulo/aumenta-el-aborto-en-mexico-1373808425.

SMITH, James F. Confusion is the Watchword as Mexico Tinkers with Time. *LA Times,* 3 March 2001.

SPADE, Dean. Intersectional Resistance and Law Reform. *Signs*, v. 38, n. 4, 2013.

STOLER, Ann Laura. Interior Frontiers. *In*: OPHIR, Adi *et al*. *Political Concepts*: A Lexicon. Fordham University Press, 2012.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acción de inconstitucionalidad 147/2007*, 2007.

TICKTIN, Miriam. *Casualties of Care*: Immigration and the Politics of Humanitarianism in France. Berkeley: University of California Press, 2011.

TROTZ, Alissa. *The Point is to Change the World*: Selected Writings of Andaiye. London: Pluto Press, 2020.

UNAM. Seminarios de Discusión: Aborto: Un Debate Abierto. 21-25 January 2008.

VALVERDE, Mariana. Jurisdiction and Scale: Legal Technicalities as Resource for Theory. *Social and Legal Studies*, 2009.

VELA BARBA, Estefanía. *De/Criminalization*: The Feminist Fight for and against Gendered Violence in Mexico. Presented at the Confrence "Law and Reproductive Health Politics in an Unjust World". April, 2018, unpublished.

VERZA, María. Suprema Corte rechaza amparo sobre aborto. *AP News*. 29 July 2020. Available at: https://apnews.com/article/noticias-806fca3a57c0744bd513fd485e72f9d3.

YEH, Rihan. *Passing: Two Publics in a Mexican Border City*. Chicago: University of Chicago Press, 2017.

**How to quote this article:**

KRAUSS, Amy. Legal Guerilla: Jurisdiction, Time, and Abortion Access in Mexico City. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2139. https://doi.org/10.1590/2317-6172202139

*Amy Krauss*

Postdoctoral Fellow, University of Chicago, Chicago, USA.

*akrauss@uchicago.edu*

V. 17 N. 3
2021
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 19.05.2021
Aprovado: 24.09.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202146

# **Judicial Lawfare:** Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts

LAWFARE *JUDICIAL: ANÁLISES DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS CONTRA OS DIREITOS AO ABORTO NAS CORTES PERUANAS*

*Camila Gianella*[1,2] and *Brenda Álvarez*[3]

**Abstract**
This article analyzes the puzzling case of Peru, a country highlighted as an example of the internationalization of sexual and reproductive health and rights norms through supranational litigation, but where these legal victories have not prompted an expansion of abortion rights. Through the analysis of three judicial cases, with a focus on the legal arguments and strategies, the article argues that two features of the abortion legal mobilization in Peru are key to understand the lack of more positive developments: 1) formalistic feature of Peruvian Courts, that offers little space toward recognizing additional grounds for abortion, as has been the case in other Latin American countries; 2) innovative capacity of anti-abortion legal mobilization, that have forced to create a tacit alliance between the movement toward the recognition of abortion rights and the State, to defend the (restricted) abortion rights in the country.

**Keywords**
Judicial lawfare; Peru; abortion rights; Peruvian Courts; legal arguments.

***Resumo***
*Este artigo analisa o caso do Peru, um país de destaque como exemplo de internacionalização das normas sobre direitos reprodutivos e sexuais por meio de litígios supranacionais, em que, apesar das vitórias dos litigantes, não houve expansão dos direitos ao aborto. Por meio da análise de três casos judiciais, com foco nos argumentos e nas estratégias jurídicas, o artigo pontua que duas características da mobilização jurídica sobre aborto no Peru são fundamentais para entender a falta de desdobramentos mais positivos: 1) o caráter formalista dos tribunais peruanos, que oferecem pouco espaço para reconhecer a ampliação de motivos para o aborto, como tem sido o caso em outros países latino-americanos; e 2) a capacidade inovadora de mobilização jurídica antiaborto, que tem obrigado a criar uma aliança tácita entre o movimento pelo reconhecimento do direito ao aborto e o Estado, para a defesa dos (restritos) direitos ao aborto no país.*

***Palavras-chave***
Lawfare *judicial; Peru; direito ao aborto; Cortes peruanas; argumentos jurídicos.*

**1** Pontifical Catholic University of Peru, Lima, Peru

**2** Chr. Michelsen Institute, Bergen, Norway
https://orcid.org/0000-0002-2656-0589

**3** Justicia Verde, Lima, Peru
https://orcid.org/0000-0003-3014-3339

CC BY-NC

## Introduction[1]

To date, the socio-legal studies literature on abortion rights disputes across the globe, particularly in Latin America, has analyzed the key role played by the courts (ANSOLABEHERE, 2009, p. 347; RUIBAL, 2014), as well as the strategies deployed by activists contesting legal abortion access (MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2016). This includes the emergence of conservative legal mobilization within courts (BERGALLO, JARAMILLO SIERRA and VAGGIONE, 2018; LEMAITRE and SIEDER, 2017; LEMAITRE, 2014) and the legal frames developed through these disputes (BERGALLO and RAMÓN MICHEL, 2016; RAMÓN MICHEL and BERGALLO, 2018; LEMAITRE, 2014).

Through the analysis of three cases from Peru, this chapter aims to help us better understand the puzzling case of Peru, a country highlighted as an example of the internationalization of sexual and reproductive health and rights norms through supranational litigation, but where these legal victories have not prompted an expansion of abortion rights. In Peru, abortion is allowed only on one ground: to preserve the life or health of the pregnant woman. As in other Latin American countries, higher courts have become one of the arenas where abortion lawfare is carried out in Peru. This chapter analyses three cases (see Table 1) filed before Peruvian courts in the wake of the groundbreaking international decisions *KL v. Peru* and *LC v. Peru* and the approval of therapeutic abortion guidelines. The selection of these cases is not random: two of them were filed before constitutional courts to restrict access to abortion, while the third one is one of the few cases seeking to criminalize abortion that reached a superior court.

1 Editors' note: This article was evaluated by Catarina Helena Cortada Barbieri, the editor-in-chief of *Revista Direito GV*, and by guest editors María Angélica Peñas Defago and Marta Rodriguez de Assis Machado.

TABLE 1 — **CASES ANALYZED**

| CASE | COURT | PLAINTIFF | DEFENDANT | SUBMITTED | DECISION | OBSERVATIONS |
|---|---|---|---|---|---|---|
| CRIMINAL LAWSUIT AGAINST EMP FOR INDUCING AN ABORTION | SUPERIOR COURT OF LIMA | STATE | EMP | 2015 | 2017 | NO GROUNDS. THE MINOR EMP WAS ACQUITTED OF CRIMINAL CHARGES. |
| CONSTITUTIONAL WRIT (*AMPARO*) AGAINST THE MINISTRY OF HEALTH (CASE NO. 31583-2014-0, RESOLUTION NO. 028) | SUPERIOR COURT OF LIMA | NGO ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN "SIN COMPONENDA" | PERUVIAN STATE (MOH) | 2014 | 2019 AND 2020 | DISMISSED. THE CASE WILL BE DECIDED BY THE CONSTITUTIONAL COURT. |
| POPULAR ACTION AGAINST THE COUNTRY'S THERAPEUTIC ABORTION GUIDELINES (CASE NO. 00058-2018-0-1801-SP-CI-01 REF. SALA: 225-2018-0) | SUPERIOR COURT OF LIMA | ASOCIACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS SANTO TOMÁS MORO | PERUVIAN STATE (MOH) | 2018 | 2020 | DISMISSED. THE CASE WILL BE DECIDED BY THE SUPREME COURT. |

Source: Authors.

The chapter is organized as follows: first, we present a brief overview of the different lawfare arenas, as described by Siri Gloppen in this special issue, and we then provide a description of each of the cases. This description includes an analysis of the legal strategies and legal arguments used to sustain the cases.

## 1. BACKGROUND

Access to safe and legal abortion has historically been a contested issue in Peru and has been a core pillar of Peruvian feminist groups' agenda for years. Since the early 2000s, some Peruvian feminist organizations, in alignment with the strategies developed in other countries, started to mobilize to undermine the informal rules and procedures that established a de facto prohibition of legal abortion services (see, e.g., BERGALLO, 2014; GONZÁLEZ VÉLEZ and BERGALLO, 2017). These rules and procedures are usually created and enforced

outside officially sanctioned channels, but they shape how democratic institutions work and can overturn formal rules and procedures in practice. Recognition of the formal and informal dimension of institutions, such as the health system, is well consolidated in the literature. Institutions are the foundation of social life and consist of formal and informal rules, monitoring and compliance mechanisms, and meaning systems that define the context in which we interact; they arise from struggles and negotiations that reflect the resources and power of those who made these rules and, in turn, affect the distribution of resources and power in society (CAMPBELL and PEDERSEN, 1996, p. 4). Paola Bergallo (2014, p. 146) shows that gaps and incomplete legal regulations – for example, the lack of a clear definition of the scope of the rape exception for legal abortion, or the failure to specify what type of health danger justifies a legal abortion – has led to uncertainty that could partially account for the failure of the health community to offer legal abortion services.

Peru offers an example of the existence of these uncertainties. In Peru, therapeutic abortion – abortion to save the life or protect the health of a pregnant woman – has been legal since 1924. However, for many years, Peruvian authorities failed to develop and implement regulations and national-level guidelines for the provision of therapeutic abortion, including the training of health workers. This vacuum allowed for the emergence of informal rules and procedures to deny access to safe abortion.

One of the mechanisms for overcoming such informal rules across Latin America has been legal mobilization, including litigation seeking the recognition of administrative procedural guidelines (BERGALLO, 2014; GONZÁLEZ VÉLEZ and BERGALLO, 2017). In the case of Peru, actors working toward the recognition of abortion rights have developed different strategies, such as the drafting of procedural guidelines (for example, therapeutic abortion guidelines developed in some public hospitals for internal use) (PROMSEX, 2012), as well as national and international litigation, including a 2008 lawsuit against the minister of health before national courts (requesting the enactment and implementation of therapeutic abortion guidelines) and two cases brought before United Nations bodies: the Human Rights Committee (*KL v. Peru*) and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (*LC v. Peru*). Although the decision from these United Nations bodies are technically "recommendations," these legal victories resulted in the enactment, in 2014, of the National Therapeutic Abortion Guidelines. Moreover, Peru has acknowledged the binding nature of these decisions.

As has been described in other contexts (RUIBAL, 2018; HAALAND *et al.*, 2019; HAJRI *et al.*, 2015), the enactment of the National Therapeutic Abortion Guidelines has been contested at different levels. In the following section, we present the different arenas and strategies deployed in this regard.

## 2. Mapping the Arenas of Dispute

As described by Gloppen in this special issue, lawfare occurs in different arenas at the same

time, meaning that actors navigate across the different arenas, in many cases, at the same time. To describe the importance of the courts in the Peruvian context, as well as their potential role in emerging anti-abortion legal strategies, this section presents a brief description of the main arenas of abortion rights lawfare in the country, with a focus on the key arenas and "battles" following the adoption of the Therapeutic Abortion Guidelines in 2014.

### 2.1. Health Services

The implementation of the 2014 National Therapeutic Abortion Guidelines has been full of deficits. For example, for five years, there was no code for the procedure in the Ministry of Health's information system. That is, for five years, health authorities did not have a tool to monitor the number of therapeutic abortions performed in the country, to systematize the type of conditions behind women's requests for such abortions, or to detect delays in diagnosis and access to the procedure.

Studies performed at the national level have shown poor implementation of therapeutic abortion across the country: most of the procedures are still performed in Lima, at the Maternal Perinatal Institute, a specialized public hospital that has been applying its own therapeutic abortion guidelines since 2010. Some hospitals have stated that they do not perform the procedure because it is not demanded (FOROSALUD, 2018), as if therapeutic abortion should be driven by user demand. This is not a marginal consideration, as the national guidelines describe therapeutic abortion as a procedure that must be initiated by a physician or a health worker; in other words, women need to be informed by their physicians of the possibility. Every year, Peru reports on maternal deaths related to the conditions included in the guidelines, such as respiratory diseases (7.6% of all maternal deaths and 12.5% of deaths among pregnant women under nineteen years old) and oncological diseases (6.6% of all maternal deaths and 8.3% of deaths among pregnant women under nineteen years old) (GIL, 2018). While it would be inaccurate to assume that all of these pregnancies would have ended in a therapeutic abortion, the data collected across the country by organizations such as ForoSalud (2018) on the implementation of the guidelines cast doubt on the extent to which women are making autonomous decisions concerning whether to continue their pregnancies, as well as the extent to which they are being informed of their right to access a therapeutic abortion. Aside from barriers regarding access to information, women face delays in diagnosis (therapeutic abortion is allowed only until week twenty-two), which results in few women actually accessing legal abortion (GUERRERO, RAMÍREZ and GONZÁLEZ, 2019).

Medical doctors have publicly opposed the application of the National Therapeutic Abortion Guidelines on the grounds that the guidelines are unclear, thus showing the prevalence of informal rules that block women's access to safe and legal abortion in Peru. For example, in May 2019, two cases reported by the media recalled the case of LC, showing that, despite this important legal victory, informal rules were still prevalent across the country. The cases reported on involved two different adolescents who had become pregnant as a result of rape

and who suffered complications during their pregnancies that put their health and lives at risk. One of the girls died after a cesarean section (FOWKS, 2019). The other girl (a thirteen-year-old) suffered severe pain during her pregnancy, for which medical doctors at public health facilities recommended bed rest. Only during her twenty-first week of pregnancy – when it was too late to start the process to access a therapeutic abortion – did her doctors inform her about this possibility (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2019).

### 2.2. Congress

Peru has seen legislative attempts to both expand and restrict the legal grounds for abortion; some of the most outstanding ones took place before the period studied in this chapter (see Tables 2-5). In parallel to the debate around and approval of the Therapeutic Abortion Guidelines by the Ministry of Health, several legislators presented a bill to decriminalize abortion in cases of sexual abuse (2014), while others presented a bill to increase the criminalization of abortion (2015). None of them passed. In the following legislative period (2016-2019), several legislators presented a new bill to decriminalize abortion in cases of sexual abuse and when the fetus has a pathology incompatible with life outside the uterus. The bill was never discussed in the plenary.

TABLE 2 – **1995-2000 PARLIAMENTARY TERM**

| BILL | DATE | PROPOSAL | STATUS |
|---|---|---|---|
| 00636 | 09/11/1995 | MODIFY ARTICLE 117 OF THE PENAL CODE REGARDING THE ABUSE OF A HEALTH PROFESSIONAL'S SCIENCE OR ART TO CAUSE AN ABORTION (THERE IS NO INFORMATION ON THE TEXT OF THE PROPOSED MODIFICATION OF ARTICLE 117). | FILED IN PARLIAMENTARY COMMITTEE. |
| 01855 | 16/09/1996 | MODIFY ARTICLE 120 OF THE PENAL CODE TO DECRIMINALIZE ABORTION IN CASES OF RAPE OUTSIDE OF MARRIAGE AND IN CASES OF NONCONSENSUAL ARTIFICIAL INSEMINATION. | FILED IN PARLIAMENTARY COMMITTEE. |
| 02263 | 21/11/1996 | THE GENERAL HEALTH LAW INCLUDES THE OBLIGATION OF HEALTH PERSONNEL TO REPORT ABORTION CASES TO THE AUTHORITIES IN CHARGE OF CRIMINAL PROSECUTION. | PROMULGATED INTO LAW (LAW NO. 26842). |
| 02310 | 27/11/1996 | MODIFY ARTICLE 117 OF THE PENAL CODE TO PUNISH THE PARTICIPATION OF DOCTORS, NURSES, OR HEALTH PERSONNEL IN ABORTION PRACTICES. | FILED IN PARLIAMENTARY COMMITTEE. |
| 04047 | 25/09/1998 | MODIFY ARTICLE 120 OF THE PENAL CODE TO DECRIMINALIZE ABORTION IN CASES OF RAPE AND NONCONSENSUAL INSEMINATION. | FILED IN PARLIAMENTARY COMMITTEE. |

Source: http://www.congreso.gob.pe/pley-1995-2000/.

TABLE 3 — **2001–2006 PARLIAMENTARY TERM**

| BILL | DATE | PROPOSAL | STATUS |
|---|---|---|---|
| 00122 | 27/07/2001 | DECLARE MARCH 25 "DAY OF THE UNBORN CHILD". | PROMULGATED INTO LAW (LAW NO. 27653). |
| 00421 | 23/08/2001 | EXPAND THE CASES OF NON PUNISHABLE ABORTION CONTAINED IN ARTICLE 119 OF THE PENAL CODE TO INCLUDE FETAL MALFORMATIONS INCOMPATIBLE WITH EXTRAUTERINE LIFE. | THE BILL WAS NOT DISCUSSED IN PARLIAMENTARY COMMITTEES. |
| 00839 | 28/09/2001 | INCORPORATE ARTICLE 124A INTO THE PENAL CODE, CLASSIFYING THE CRIME OF "INJURY TO THE PRODUCT OF CONCEPTION". | PROMULGATED INTO LAW (LAW NO. 27716). |
| 01696 | 01/04/2002 | MODIFY ARTICLES 114, 115, 117, 118, AND 119 OF THE PENAL CODE TO INCREASE PENALTIES FOR WOMEN WHO ABORT. | WITHDRAWN BY ITS AUTHOR. |
| 04562 | 13/11/2002 | MODIFY ARTICLES 116 AND 117 OF THE PENAL CODE TO INCREASE PENAL SANCTIONS FOR THOSE WHO FORCE WOMEN TO ABORT. | APPROVED AT CONGRESS COMMISSION. WAS NOT DISCUSSED IN PLENARY SESSION. |
| 05225 | 13/01/2003 | GUARANTEE THE MEDICAL CARE OF WOMEN WHO ABORT BEFORE PROCEEDING TO THEIR ARREST OR SUMMONS FOR INVESTIGATION. | FAVORABLE OPINION BUT IT WAS NOT DISCUSSED IN PLENARY SESSION. |
| 05439 | 30/01/2003 | AMENDS ARTICLE 118 OF THE PENAL CODE TO AVOID CRIMINAL PENALTIES FOR WOMEN WHO UNINTENTIONALLY ABORT. | THE BILL WAS NOT DISCUSSED IN PARLIAMENTARY COMMITTEES. |
| 06735 | 13/05/2003 | PROHIBIT THE PUBLICATION OF INFORMATION ON ABORTION METHODS IN THE MEDIA. | THE BILL WAS NOT DISCUSSED IN PARLIAMENTARY COMMITTEES. |
| 10957/ 2003-CR | 07/07/2004 | DECRIMINALIZE ABORTION FOR RAPE AND EUGENIC ABORTION. | THE BILL WAS NOT DISCUSSED IN PARLIAMENTARY COMMITTEES. |
| 11083/ 2004-CR | 04/08/2004 | MODIFY ARTICLES 114, 115, 116, 117, AND 118 OF THE PENAL CODE TO INCREASE PENALTIES FOR THE CRIME OF ABORTION. | THE BILL WAS NOT DISCUSSED IN PARLIAMENTARY COMMITTEES. |

Source: http://www.congreso.gob.pe/pley-2001-2006/.

TABLE 4 — **2006–2011 PARLIAMENTARY TERM**

| BILL | DATE | PROPOSAL | STATUS |
|---|---|---|---|
| 02878/ 2008-CR | 24/11/2008 | MODIFY ARTICLE 119 OF THE PENAL CODE TO INCORPORATE A LIST OF HEALTH CONDITIONS NEEDED TO ACCESS THERAPEUTIC ABORTION AND LIMIT ITS PRACTICE TO 60 DAYS OF GESTATION; MODIFY ARTICLE 120 TO DECRIMINALIZE ABORTION IN CASES OF ANENCEPHALY. | THE BILL WAS NOT DISCUSSED IN PARLIAMENTARY COMMITTEES. |

Source: http://www.congreso.gob.pe/pley-2006-2011/.

TABLE 5 — **2011–2016 PARLIAMENTARY TERM**

| BILL | DATE | PROPOSAL | STATUS |
|---|---|---|---|
| 03648/ 2013-CR | 25/06/2014 | PROHIBIT THE DISPLAY AND ADVERTISING OF ABORTION. | IT WAS NOT DISCUSSED. |
| 03839/ 2014-IC | 26/09/2014 | DECRIMINALIZE ABORTION IN CASES OF RAPE, NONCONSENSUAL ARTIFICIAL INSEMINATION, AND NONCONSENSUAL EMBRYO TRANSFER. | FILED IN TWO COMMISSIONS: CONSTITUTION AND REGULATIONS AND JUSTICE AND HUMAN RIGHTS. |
| 03962/ 2014-CR | 07/11/2014 | INCORPORATE THE CRIME OF WRONGFUL ABORTION INTO THE PENAL CODE AND MODIFY ARTICLE 124A TO INCLUDE PENALTIES FOR THOSE WHO CAUSE INJURY TO THE BODY OR HEALTH OF THE CONCEIVED. | ADDED TO THE DRAFT REFORM OF THE PENAL CODE. |
| 04101/ 2014-CR | 18/12/2014 | MODIFY ARTICLES 290, 363, AND 364 OF THE PENAL CODE TO PROHIBIT PRACTICES THAT ENCOURAGE ABORTION THROUGH FLYERS, PRINT MEDIA, OR SOCIAL MEDIA. | ADDED TO THE DRAFT REFORM OF THE PENAL CODE. |

Source: http://www.congreso.gob.pe/pley-2011-2016/.

During the 2016-2019 legislative period, one congresswoman discussed the possibility of reforming the health law to abolish the article holding health professionals liable for not reporting women who have had an abortion and seek abortion-related care. However, Congress was shut down in 2019 amidst a national political crisis, which put a halt on the process. In 2021 was issued one of the most progressive bills, in terms of the recognition of women autonomy, however this wasn't debated (Table 6).

TABLE 6 — **2016–2021 PARLIAMENTARY TERM**

| BILL | DATE | PROPOSAL | STATUS |
|---|---|---|---|
| 387/ 2016-CR | 12/10/2016 | DECRIMINALIZE ABORTION IN CASES OF RAPE, NONCONSENSUAL ARTIFICIAL INSEMINATION OR FERTILIZED EGG TRANSFER, AND MALFORMATIONS INCOMPATIBLE WITH LIFE. | NOT DEBATED. |
| 7298- 2020-CR | 09/03/2021 | TO: I) RECOGNIZE THE RIGHT TO FREELY DECIDED MOTHERHOOD; II) WITHDRAW THE DISCUSSION OF ABORTION FROM THE CRIMINAL SPHERE , CIRCUMSCRIBING IT TO THE FIELD OF HEALTH CARE; III) RECOGNIZE THE RIGHT TO INTERRUPT THE PREGNANCY UNTIL THE FOURTEENTH WEEK, AND EXTEND THE TERM WITHOUT LIMITS IN CASES OF RAPE AND WHEN THE LIFE OR HEALTH OF THE PREGNANT WOMAN IS FOUND IN DANGER; IV) INCLUDE THE PRINCIPLES OF NON-DISCRIMINATION, RESPECT FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND ADEQUATE PROVISION OF PRE AND POST-ABORTION CARE SERVICES; V) INCLUDE RULES FOR CONSENT TO THE TERMINATION OF PREGNANCY FOR WOMEN WITH DISABILITIES AND FOR GIRLS AND ADOLESCENTS ESTABLISHING RESTRICTIONS ON THE EXERCISE OF CONSENT FOR ADOLESCENTS AND GIRLS UNDER 15 YEARS OF AGE; VI) MODIFY ARTICLE 1 OF THE CIVIL CODE IN ORDER TO RECOGNIZE THAT HUMAN LIFE BEGINS WITH THE WOMAN'S DECISION TO CARRY HER PREGNANCY TO TERM. | NOT DEBATED. |

Source: http://www.congreso.gob.pe/pley-2016-2021/ and https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/e70a58c255248239052586cd0055cb8a/24b66516ab64580305258693007c228d?OpenDocument.

### 2.3. Public Opinion

Research has shown some positive trends in certain sectors of Peruvian public opinion, such as journalists, toward expanded grounds for abortion (GIANELLA, 2017; PROMSEX, 2012). Nonetheless, Peru remains among the Latin American countries with the highest levels of public support for limiting abortion rights, accepting only the grounds for therapeutic abortion (IPSOS PUBLIC AFFAIRS, 2019). Meanwhile, national authorities have been reluctant to assess public opinion trends regarding abortion. One example of this is the National Human Rights Survey performed by the Ministry of Justice and Human Rights. The first version of this survey, conducted in 2013, included questions aimed at assessing people's opinions regarding abortion (mainly the grounds for therapeutic abortion and abortion in case of sexual abuse) and regarding the rights of LGBT individuals (mainly discrimination and violence against LGBT persons) (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS and ESAN, 2013). But while the version conducted in 2020 kept the questions regarding LGBT rights, it excluded questions regarding abortion (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2020).

Furthermore, abortion is still a contested issue in the public eye. Since 2011, presidential and congressional candidates have been asked to take a stand against abortion in public campaign events.[2] Additionally (as documented in other Latin America countries), abortion, sexual and reproductive rights, and gender equality have found their way onto the agenda of opposition politics (VAGGIONE *et al.*, 2018).

### 2.4. Courts

The National Therapeutic Abortion Guidelines have also been challenged before the courts; as described in Table 1, two cases were brought to Peruvian courts to block the guidelines' implementation.

Furthermore, abortion continues to be restricted to one ground: to preserve the life or health of the pregnant woman. Women, adolescents, and girls in the need of an abortion or post-abortion care are exposed to criminal liability, and judges are deciding on these cases.

Despite the failures surrounding the implementation of the therapeutic abortion guidelines, no lawsuits have been filed calling for their enforcement,[3] and no suits have been filed to expand the grounds for legal abortion. Feminist organizations have *used the courts* to join the Ministry in defending the therapeutic abortion guidelines – that is, the civil society actors involved in the protection of abortion rights in Peru have limited their judicial interventions to a form of resistance, not a strategy for advancement (RAMÍREZ HUAROTO, 2020), and the country's legal restrictions on abortion have remained steadfast.

## 3. The Cases

As described by Rebecca Cook (2014), the meaning of abortion is partly constructed and contested trough "how abortion laws are framed, enforced and interpreted." In this light, this section of the chapter analyzes three lawsuits in Peru that sought to block access to abortion and to criminalize abortion, and includes an in-depth description of the legal arguments used and of the implications of the legal venues adopted.

2 For example, during the campaign, presidential candidate Pedro Pablo Kuczynski signed a commitment in which he promised to reject abortion (except in cases of life-threatening situations) and to recognize the value of the "natural family" (i.e., only those unions comprising a woman and a man). On March 2011, in a meeting with the archbishop of Lima and a leader of the Peruvian Catholic Church, presidential candidate Ollanta Humala confirmed his conservative Catholic upbringing, his commitment to respecting family values as defined by the Catholic Church, and his position against abortion and same-sex marriage.

3 There have been some administrative cases against providers, such as cases against private providers for denying access to abortion.

### 3.1. The Case of EMP: The Criminalization of Minors Seeking Post-Abortion Care

Despite the fact that abortion sanctions in Peru are not very severe, the Attorney General's Office (Ministerio Público) criminally prosecutes adolescents and women for abortion. Between 2015 and 2018, 3,883 adolescents and women were prosecuted for consensual abortion, self-abortion, abortion in cases of rape, and even therapeutic abortion. Of these individuals, 312 were taken to court, 89 were captured by police officers to force them to testify in court, 62 were convicted of the crime of abortion, and 1 was deprived of her liberty during the investigation phase (SALAZAR, 2019).

Criminalization begins at health facilities, when girls, adolescents, and women seek care for an incomplete abortion and are reported by health workers in accordance with article 30 of the General Health Law (in force since 1997), which states that health workers must report all cases of suspected abortion to authorities. The case of EMP illustrates this situation well. This analysis is based on the legal files provided by EMP, who provided her verbal consent to use the files for this work.

In 2016, EMP – then seventeen years old (a minor under Peruvian law) – decided to take Cytotec (misoprostol) to end her six-week pregnancy. After taking the pills, she went to a public hospital for post-abortion care. Because EMP was an unaccompanied minor, and because according to Peruvian legislation minors do not have the right to decide over their own bodies (i.e., any medical intervention requires the approval of a parent or legal guardian), her case was reported to the family court. The public prosecutor interviewed EMP, who was in need of medical care in the hospital, without a lawyer or her parents present. The Attorney General Office allowed the post-abortion care, and in parallel filed a criminal lawsuit against EMP.

EMP was charged with the criminal offense of violation of body integrity and health. At the time of the suit against her, she was studying at a university in Lima, with a state-sponsored scholarship – an outstanding achievement in a country where only 7.7% of adolescents and young adults (ages 17-24) from rural areas, such as EMP, attend universities, compared to 21% of their counterparts from urban areas (MINISTERIO DE SALUD, 2017). EMP's defense requested a remission of the process – that is, exemption from criminal liability – in order to avoid any negative effects that the legal proceedings might have for her education. This request was denied by the family court, which alleged that her abortion was a serious offense because it affected the life of a child. On October 27, 2016, the family court issued a ruling stating that EMP was responsible for the crime of abortion, to the detriment of society. In its ruling, the court identified EMP's selfishness and her personal interest in not harming her studies as her motivations for obtaining an abortion. It ordered her to undergo three months of socioeducational measures and to pay a monetary civil reparation of 100 soles. She appealed her sentence, and in June 2017, the Second Chamber of the Family Court of the Superior Court of Justice of Lima reversed the ruling, granting a remission of the process. It must be noted that throughout the case, the Attorney

General's Office decided to omit any assessment of the impact that the pregnancy had been having on EMP's health.

### 3.2. Amparo against the Therapeutic Abortion Guidelines

Public policies on sexual and reproductive health in Peru are repeatedly challenged by opposition groups, particularly on constitutional grounds.

In August 2014, the Peruvian nongovernmental organization (NGO) Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda" filled an *amparo* against the Ministry of Health to prevent the implementation of the National Therapeutic Abortion Guidelines issued in June 2014. Like other Latin American countries, Peru has a writ for the protection of constitutional rights known as *amparo*. The Peruvian *amparo* in principle provides the same level of protection as the Colombian *tutela* or the Costa Rican *amparo*,[4] but in practice the Peruvian version requires certain procedural steps[5] that hinder the adoption of urgent precautionary measures (ABAD YUPANQUI, 2014; ROLDÁN, 2015).

In its lawsuit, Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda" argued that the guidelines violated the fundamental right of the unborn. In July 2019, the First Specialized Constitutional Chamber of Lima dismissed the lawsuit, stating that: (i) the right to life is not an absolute right and that, in application of the interpretative parameter set in *Artavia Murillo v. Costa Rica*, the protection of the right to life is incremental; (ii) the guidelines comply with the principles of proportionality and reasonableness for the protection of the life, health, and dignity of women; and (iii) the guidelines were issued in compliance with the international decisions issued in *KL v. Peru* and *LC v. Peru*. This ruling was appealed by the plaintiff. In January 2020, the Fourth Civil Chamber of the Superior Court of Justice of Lima resolved the appeal, declaring the lawsuit inadmissible. The court stated that when no specific acts, omissions, or threats are present, the *amparo* is not the legal path for questioning the abstract constitutionality of the guidelines.

This was not the first time that Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda" has been involved in cases against the Ministry of Health. The organization, registered in 2002, gained notoriety in 2004 when it filed an *amparo* against the Ministry of Health to request that it stop distributing emergency contraception. In 2009, the Constitutional Court declared the

4 For more on the Colombian *tutela* and the Costa Rican *amparo*, see, e.g., Wilson (2011); Yamin, Parra-Vera and Gianella Malca (2011).

5 For example, judges who receive an *amparo* request must first inform the institution being sued and the Attorney General's Office, and only after these two institutions have responded may a judge decide whether to approve precautionary measures. In addition, there are geographic barriers: in Lima, a city of nearly one million inhabitants, there are only two judges with the power to evaluate and grant *amparos* (ROLDÁN, 2015).

*amparo* action admissible and ordered the Ministry of Health to stop the distribution of emergency contraception in public health facilities.

### 3.3. Popular Action against the Therapeutic Abortion Guidelines

The third case is the popular action filed by the Asociación Centro de Estudios Jurídicos Santo Tomás Moro, an organization that seeks to defend the Catholic Church, its doctrine, and its representatives. Previous to this lawsuit against the therapeutic abortion guidelines, the organization filed a lawsuit against the Peruvian chapter of Catholics for Choice seeking to annul the NGO's legal registration in the country, because, under the plaintiff's view, the NGO uses the term "Catholic" in bad faith. Asociación Centro de Estudios Jurídicos Santo Tomás Moro is also linked to "Con Mis Hijos No Te Metas" ("Don't Mess with My Kids"), a movement that emerged in 2016 to oppose the implementation of a gender perspective in the educational curriculum.

In February 2018, this organization filed a popular action (e.g., a lawsuit filed on behalf of the collective interest) contesting the constitutionality of the National Therapeutic Abortion Guidelines, arguing that while therapeutic abortion is not criminalized (i.e., not punishable) in Peru, this does not imply that it is legal and therefore in need of regulation. For the plaintiff, the nonpunishable feature of therapeutic abortion in Peru is restricted to its criminal liability, and abortion is still considered a criminal offense in the country. The unconstitutionality claim was based on the allegation that the guidelines violated the rights to life, to equality, to nondiscrimination, and to the protection of health; the rights of the unborn; and the right to access policies that promote responsible fatherhood and motherhood without affecting the life or health of the unborn. Moreover, the plaintiff argued that the guidelines violated the principle of legality by transgressing the presuppositions of the General Law of Health and the General Law of Administrative Procedures, which orders that all administrative acts (regulations) must be lawful and physically and legally possible.

In December 2019, the court of first instance, the First Civil Chamber of Lima, dismissed the suit. The court considered that the plaintiff, in addition to challenging the guidelines, was seeking to question the constitutionality of article 119 of the Penal Code that decriminalizes therapeutic abortion. For the court, the popular action was not the appropriate legal mechanism for this aim. In its ruling, the court upheld the constitutionality of the guidelines, indicating that they are adjusted to the constitutional and legal framework and comply with the recommendations issued by the United Nations treaty bodies in *KL v. Peru* and *LC v. Peru*. As of January 2021, the judgment of the second instance court was pending.

### 3.4. Modus operandi

These three cases involve a different modus operandi of anti-abortion rights actors. The first case, EMP, shows a practice that puts in evidence the power of the stigmatization of the criminal abortion law in the country. Peruvian law forces health personnel to report suspected

abortion cases to the authorities. This legal context facilitates the perpetuation of informal rules. As mentioned above, in this type of case, state prosecutors become the main actors in the criminalization of abortion. Disturbingly, in cases such as that of EMP, such actors are also the ones that decide whether to allow emergency post-abortion care for unaccompanied minors – in other words, the same prosecutor uses the information provided by the minor when seeking access to emergency health care to prosecute her.

The two lawsuits against the country's therapeutic abortion guidelines were brought by actors external to the justice apparatus. These actors have a trajectory of using the judiciary to innovate on the strategies. Interestingly, these actors have chosen the constitutional avenue to challenge the therapeutic abortion guidelines. However, their strategies differ. Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda" replicated, to some extent, its strategy against the Ministry of Health regulations and filed an *amparo*. The selection of this mechanism was not a random one. As mentioned above, because of the nature of the *amparo* (emergency protection), it is one of the least formal constitutional venues: it does not require an evidentiary stage and it responds to the principle of flexibility. The *amparo* also allows informal representation – that is, any person who feels that fundamental rights have been violated can file a claim in representation of diffuse interests or the interest of another person. As a result, it is possible to file a claim on behalf of the interests of the unborn, as Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda" did in the case of emergency contraception and in the case of the therapeutic abortion regulations.

However, due to its required procedural steps that, as mentioned above, distort its urgent purpose, the *amparo* is not an ideal mechanism for seeking access to health care in Peru (RAMÍREZ HUAROTO and ÁLVAREZ, 2016). On average, it can take more than three months for a judge to decide whether to admit an *amparo* (ABAD YUPANQUI, 2014; DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2015). Nonetheless, one key feature of the *amparo* process is its potential impact: *amparos* can reach the Constitutional Court. When a case is dismissed by a second-instance court, the Constitutional Court can review the suit. This means that through an *amparo* process it is possible to bring a debate to the highest level of constitutional justice.

Meanwhile, the avenue chosen by Asociación Centro de Estudios Jurídicos Santo Tomás Moro – the popular action process – aims for an abstract control of constitutionality in the face of infractions against its normative hierarchy. This process proceeds against norms of lower legal rank (such as regulations, administrative norms, and resolutions of a general nature) when such norms violate the Constitution or the law. The popular action process can be undertaken by anyone, and its examination falls under the exclusive purview of the judiciary, and the judgments issued by second-instance courts are not reviewed by the Constitutional Court. This process allows for a faster final decision compared to the *amparo*. This lawsuit against the National Therapeutic Abortion Guidelines was not the first popular action filed by actors linked to the Asociación Centro de Estudios Jurídicos Santo Tomás Moro

against a ministerial regulation. In 2017, the association's president filed a popular action against the Ministry of Education that aimed to block the implementation of the national school curriculum (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA PRIMERA SALA CIVIL, 2017). This was achieved temporarily through a precautionary measure and, subsequently, the first-instance sentence. The decision was overturned by a second-instance court. Despite this reversal, the litigation has had a significant impact on national education policy.

## 4. Legal Arguments

In addition to examining the legal avenues chosen in these three cases, it is important to describe how claimants framed their legal arguments – how they described the facts, which narratives they used, which values they selected, and which main arguments were used. This section begins by presenting the framing of the arguments put forward to challenge the right to abortion and then presents the arguments used to support the legality of the therapeutic abortion guidelines.

### 4.1. Arguments Put Forward by Litigants to Contest the Right to Abortion

*Life from the moment of conception:* One of the strongest claims used to contest abortion decriminalization is that human life begins at conception, and, therefore, abortion is the murder of persons who are unborn (LEMAITRE, 2014). This argument has been at the core of the legal strategies used across Latin America, including disputes around the adoption of "life from the moment of conception" clauses in laws, constitutions, and courts (GIANELLA MALCA, *et al*. 2017; LEMAITRE, 2014; GIANELLA, 2018). One of the legal arguments used to sustain the legal recognition of life from the moment of conception – and therefore the impossibility of decriminalizing abortion (and allowing emergency contraception) – draws on the American Convention on Human Rights, specifically its article 4.1, which reads: "Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life." Actors against abortion rights have long used the phrase "from the moment of conception" to reject abortion rights[6] (LEMAITRE and SIEDER, 2017). At the country level across American Convention on Human Rights signatories, requests for the application of the doctrine of conventionality control[7] were previously at the center of arguments to block attempts to decriminalize abortion. However, this dramatically changed with the 2012 *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*

6 See, e.g., De Jesus (2014).

7 The doctrine can be defined as an international legal obligation that requires all the authorities of the States parties to the American Convention to interpret domestic law in accordance with the Inter-American Corpus

ruling, in which the Inter-American Court of Human Rights provided content to article 4.1. In its ruling, the court noted that the phrase "in general" (referring to "in general, from the moment of conception") "could not be interpreted in defiance of the need to protect the rights of pregnant women, precluding balancing and proportionality" (LEMAITRE and SIEDER, 2017). This meant that, from 2012 onward, the adequate use of conventionality control needed to include the Inter-American Court of Human Rights' interpretation of article 4.1. In its ruling, the Inter-American Court also rejected the argument that personhood is present in a fertilized ovum.

In the cases analyzed, both the first-instance ruling in EMP's case and the *amparo* lawsuit (first instance) filed by Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda" ignored the *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica* ruling, quoting in their arguments article 4.1 of the American Convention of Human Rights and its binding nature. In these two cases, litigants applied the long-used argument that abortion is unconstitutional, based on the constitutional recognition of the rights of the unborn enshrined in article 4.1 of the American Convention. In the case of the *amparo*, the claimants quoted the previous lawsuit won by Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda" regarding access to emergency contraception; in other words, they included a strategic use of Constitutional Court jurisprudence.

At the same time, however, *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica* had an impact on litigants' argumentation: their legal arguments challenged the binding nature of the doctrine of conventionality control. In its appeal (after the rejection by the first-instance court), Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda" drew on the argument of national sovereignty to question the binding nature of the Inter-American Court's ruling. The appeal introduced the doctrine of "margin of appreciation," which claims that the international legal framework must be adapted to national legal systems and cannot challenge or reform national laws. Such calls to limit the impact of Inter-American Court rulings in countries that are not directly involved in the cases are not limited to sexual and reproductive rights. Moreover, these calls ignore the pronouncements of the Peruvian Constitutional Court, which has stated that the rulings and statements issued by the Inter-American Court are binding in the Peruvian legal system. However, the *Artavia Murillo* ruling has prompted the development of this type of argument not only in Peru but across the region (see, e.g. DE JESUS, 2014).

> Juris, which is integrated by the American Convention, treaties of similar nature (i.e. the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture), the interpretations of these treaties made by the Inter-American Court (in the exercise of its contentious or advisory jurisdiction) and other sources of soft law in the Inter-American System (i.e. the Inter-American Democratic Charter). In accordance with this doctrine, State authorities must avoid the enforcement of anti-conventional laws in case that no consistent interpretation is legally possible, although they must always act within their competences and the corresponding procedural regulations as defined by domestic law. (GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, 2018)

*Balancing of rights:* The defense of "life from the moment of conception" is accompanied by a framing of the fertilized ovum (or fetus) as a child.[8] This framing is linked with the argument concerning the need to defend the "superior interest of the child," whereby the first obligation is to protect the right of the fetus and the second obligation is to protect the health and life of the pregnant woman. The right of the fertilized ovum or fetus is presented as an absolute and superior right. In the case of EMP, this argument was used to reject the remission requested by the defense. The argument also appears in the *amparo*.

Framing the fertilized ovum as a child presents the fetus as an independent entity: the pregnant woman does not have the right to decide over this independent entity. This argument, present in the first-instance ruling of the EMP case, is also commonly used to frame abortion as the murder of children.

The "superior interest of the child" argument allows judges to neglect other constitutional rights. One salient feature of the EMP case was the court's dismissal of EMP's ethnic origin, even though court records include repeated references to the fact that under her culture, abortion is not a crime and is a common practice. The Peruvian Constitution recognizes the right to ethnic and cultural identity as a fundamental right (article 2) and establishes the state's obligation to respect the cultural identity of indigenous communities (article 89), which means that health services must be culturally appropriate. Despite the cultural aspects of abortion, they were not considered by the court.

This "balancing" of rights is rooted in gender stereotypes, and legal arguments are linked with social values. In the case of EMP and the *amparo*, gender stereotypes were used to justify the criminalization of abortion. And in EMP's case, such stereotypes were used in the arguments presented by the judges and the Attorney General's Office. For example, EMP was presented as a person who lied and betrayed her boyfriend. The fact that she decided by herself (i.e., exercised autonomy over her own body) was presented as a betrayal in the first-instance ruling. She was also portrayed as acting selfishly (because she wanted to continue her studies). All of these arguments were presented as facts to justify EMP's punishment.

*Abortion as a crime*: The above argument is used to support the framing of abortion as a crime. In the case of the popular action against the National Therapeutic Abortion Guidelines, and due to the characteristics of the legal mechanism, the claim focused on framing abortion as a crime against a child and therefore incompatible with administrative regulations. This argumentation represents a different legal strategy that goes beyond the discursive framing of abortion as murder, which was used, for example, in the cases filed by Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda," and that has been used broadly across the region (GIANELLA, 2018; LEMAITRE, 2014). The popular action explored a venue to declare the Therapeutic

8 As mentioned earlier, the *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica* ruling also questions this argument.

Abortion Guidelines unconstitutional because of irregularities in the norm. Claimants' argued that the nonpunishability of an act does not detract from its illegality. Such argumentation is not built on traditional arguments used by, for example, the Catholic Church, or attempts to secularize religious arguments.

*Therapeutic abortion as a cover-up:* This argument is accompanied by a discourse stating that there are no scientific grounds for therapeutic abortion. Under this view, therapeutic abortion was justified in 1924 (when the procedure first became legal), but nowadays, the development of science allows for the preservation of both the life of the pregnant woman and the life of the unborn. According to this discourse, therapeutic abortion is justified only to save the life of the pregnant woman.

This argumentation is also linked with the discourse that frames abortion as a business of international actors, and it appears in the claim filed by Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda."

### 4.2. Arguments Put Forward by the Courts to Support the Legality of Abortion

A central and outstanding characteristic of the rulings is the formalistic approach of the Peruvian courts, which reveals their weak capacity to innovate and develop jurisprudence toward expanding the grounds for legal abortion in the country. This formalistic approach is expressed through the quoting of international jurisprudence, symbolizing a deep respect for the doctrine of conventionality control, as well as state responsibility toward United Nations bodies.

For example, in the case of the *amparo*, the court decisions issued in 2019 and 2020 quoted the cases of *KL v. Peru*, *LC v. Peru* and the Inter-American Court of Human Rights in *Artavia Murillo*, and recognized the power of United Nations bodies (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA CUARTA SALA CIVIL, 2020). The use of international jurisprudence denotes a qualitative improvement. Previous studies showed, for example, that in cases related to gender violence, judges ignored international jurisprudence, as well as treaties adopted by the Peruvian government (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2010).

The court responses to the *amparo* and the popular action enumerate all the steps carried out by the executive, which also indicates a self-censorship from the court to provide an opinion against State policies. These features could indicate that, in the case of Peruvian high courts, judges put the responsibility to innovate in the executive, or in case of controversial cases, in international jurisprudence (in its binding power). There is less innovation or openness to judicial activism compared to courts from the region, such as the Colombian Constitutional Court, whose rulings have clarified the indications model; the Mexican Supreme Court, that, in a case regarding the Criminal Code of one Mexican State (Coahuila), ruled that in the state it is unconstitutional to punish abortion as a crime; or the Supreme Court of Argentina, that in 2012 clarified the interpretation of article 86.b of the Criminal Code, by stating that any woman, competent or disabled, who has been raped may seek an abortion without criminal liability and without any court authorization.

## Conclusion

Peruvian courts have developed jurisprudence to protect abortion rights. However, our analysis shows that more than being innovative, Peruvian courts are formalistic. In this context, international jurisprudence has become key for protecting the right to abortion but has offered little space toward recognizing additional grounds for abortion, as has been the case in other Latin American countries.

The weak innovative capacity of Peruvian courts contrasts with the capacity of anti-abortion actors to use new legal arguments and mechanisms. Charging that an administrative regulation is unconstitutional is not a strategy unique to Peru – in Argentina and Costa Rica, for example, abortion guidelines have been also contested. In the case of Peru, however, plaintiffs did not challenge the jurisdiction of the Ministry of Health. Their main arguments focused on: (i) the violation of the right of the unborn, which is defined as an absolute right; and (ii) the constitutional validity of the norm that regulates a "nonpunishable but criminal offence." Anti-abortion plaintiffs have also reacted to the new situation created by the *Artavia Murillo* ruling and introduced the doctrine of "margin of appreciation," as well as calls for national sovereignty, which are linked to the anti-globalization movement that is present in the region and beyond and which have been used in different settings to reject LGBTIQ rights and abortion rights.

While these cases can be classified as victories for the defense of the right to abortion in Peru, our analysis shows that: (i) despite jurisprudential developments, justice operators (judges and prosecutors) share and use the arguments used by anti-abortion rights actors, and these arguments are used to criminalize abortion; (ii) actors against abortion rights have the capacity to not only develop secular legal frames but also to search for new venues (such as constitutional mechanisms) and legal strategies to challenge abortion rights; and (iii) in the case of Peru, the formalistic approach of the courts (i.e., their weak innovative capacity, and strict following of the legal framework approved by the executive, or international bodies) raises doubts about the possibility of developing a litigation strategy to expand the legal grounds for abortion, as has been the case in other Latin American countries.

## REFERENCES

ABAD YUPANQUI, Samuel. La sentencia estimatoria de amparo: La difícil ruta para su ejecución. *Ius et Veritas*, v. 48, p. 244-255, 2014.

ANSOLABEHERE, Karina. Oportunidades y decisiones: la judicialización del aborto en perspectiva comparada. SELA 2009, Asunción, Paraguay, June 11-14, 2009. Available at: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Ansola_Sp_PV.pdf.

BERGALLO, Paola. The Struggle Against Informal Rules on Abortion in Argentina. *In*: COOK, Rebecca; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard (ed.). *Abortion Law in Transnational Perspective*, p. 143-165. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

BERGALLO, Paola; JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina; VAGGIONE, Juan Marco (ed.). *El aborto en América Latina*: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo 21, 2018.

BERGALLO, Paola; RAMÓN MICHEL, Agustina. Abortion. *In*: GARGARELLA, Roberto; GONZÁLEZ, Juan (ed.). *The Latin America Casebook*: Courts, Constitutions and Rights. Oxon & NY: Routledge, 2016.

CAMPBELL, John Lorne; PEDERSEN, Ove Kaj. *Legacies of Change*: Transformations of Postcommunist European Economies. New York: Aldine de Gruyter, 1996.

COOK, Rebecca. Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law. *In*: COOK, Rebecca; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard (ed.). *Abortion Laws in Transnational Perspective*. Philadephia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 347-369.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA CUARTA SALA CIVIL. *Expediente N° 31583-2014-0 Resolución N° 028*. Lima, 2020.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA PRIMERA SALA CIVIL. *Expediente N° 00011-2017-0-1801-SP-CI-01*. Plantiff: Francisco J. Pacheco M. and others issued on July 13 2017.

DE JESUS, Ligia. The Inter-American Court on Human Rights Judgment in *Artavia Murillo v. Costa Rica* and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights. *Oregon Review of International Law*, n. 16, p. 225-248, 2014.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Nota de Prensa N° 068/OCII/DP/2019, Servicios de salud vulneraron los derechos de adolescente embarazada tras violación, 2019. Available at: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/NP-068-19.pdf.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Nº 172*. Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional. Lima: Defensoría del Pueblo, 2015.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Feminicidio en el Perú. Estudio de expedientes judiciales*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2010.

FOROSALUD. *Vigilancia ciudadana en salud: aplicación del protocolo de aborto terapéutico en establecimientos públicos de salud a nivel nacional*. ForoSalud, 2018.

FOWKS, Jacqueline. El aborto terapéutico en adolescentes desata la controversia en Perú. *El País*, Sociedad, May 28, 2019. Available at: https://elpais.com/sociedad/2019/03/27/actualidad/1553701704_805765.html.

GIANELLA, Camila. Abortion Rights Legal Mobilization in the Peruvian Media 1990-2015. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 133-147, 2017.

GIANELLA, Camila. Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina. *In*: BERGALLO, Paola; JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina; VAGGIONE, Juan Marco (ed.). *El aborto en América Latina*: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2018.

GIANELLA, Camila *et al*. *A New Conservative Social Movement?* Regional Strategies to Restrict Abortion Rights. Bergen: Chr. Michelsen Institute, 2017.

GIL, Fabiola. *Situación epidemiológica de la muerte materna en el Perú*. Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades, 2018.

GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina; BERGALLO, Paola. *The Health Exception in Latin America*: An Autochtonous Experience of Transnational Advocacy. Latin America Studies Association Annual Congress, Lima, April 29, 2017.

GUERRERO, Rossina; RAMÍREZ, Sara; GONZÁLEZ, Macarena. *Relatos de Mujeres*. PROMSEX, 2019.

HAALAND, Marte E. S. *et al*. Shaping the Abortion Policy: Competing Discourses on the Zambian Termination of Pregnancy Act. *International Journal for Equity in Health*, v. 18, n. 1, p. 20-20, 2019. https://doi.org/10.1186/s12939-018-0908-8

HAJRI, Selma *et al*. "This Is Real Misery": Experiences of Women Denied Legal Abortion in Tunisia. *PLoS ONE*, v. 10, n. 12, 2015. https://doi.org/10.1371/journal.pone.0145338

IPSOS PUBLIC AFFAIRS. *Informe sobre la aceptación del aborto. Marzo 2018*. IPSOS Public Affairs, 2019. Available at: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-04/ipsos_public_affairs_aborto_2018.pdf.

LEMAITRE, Julieta. Catholic Constitutionalism on Sex, Women and the Beginning of Life. *In*: COOK, Rebecca; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard (ed.). *Abortion Law in Transnational Perpective*, p. 239-257. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

LEMAITRE, Julieta; SIEDER, Rachel. The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case Against Costa Rica. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 150-160, 2017.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. II Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Informe Completo. IPSOS, 2020.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS and ESAN. *Encuesta para medir la percepción de la población peruana en relación a los derechos humanos*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013.

MINISTERIO DE SALUD. Documento Técnico: Situación de Salud de los Adolescentes y Jóvenes en el Perú. Lima: Ministerio de Salud, 2017.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel; PEÑAS DEFAGO, María Angélica. Strategies of Self-Proclaimed Pro-Life Groups in Argentina: Effect of New Religious Actors on Sexual Policies. *Latin America Perspectives*, v. 43, n. 2, 2016.

PROMSEX. *Aborto terapéutico: el camino recorrido por el acceso a un derecho 2007-2011*, 2012.

RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz. Intervention at Roundtable "¿Sin Movilización Social los Derechos de las Mujeres Se Diluyen?" Organized by Red Alas. Jornadas sobre Perspectivas de Género en Tiempos de Distanciamiento Social, June 5, 2020.

RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz; ÁLVAREZ, Brenda. Derecho y aborto. *Forseti. Revista de derecho* n. 6, p. 76-96, 2016.

RAMÓN MICHEL, Agustina; BERGALLO, Paola. *La reproducción en cuestión*. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto. EUDEBA, 2018.

ROLDÁN, Omar Cairo. La tutela de urgencia y el proceso de amparo. *Themis*, n. 43, p. 131-136, 2015.

RUIBAL, Alba. Federalism, Two-Level Games and the Politics of Abortion Rights Implementation in Subnational Argentina. *Reproductive Health Matters*, v. 26, n. 54, p. 137-144, 2018. https://doi.org/10.1080/09688080.2018.1535687

RUIBAL, Alba. Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina. *Política y Gobierno*, v. 22, n. 1, 2014.

SALAZAR, Elizabeth. Abortar en Perú: cuando víctima y familiares son llevados a cárcel, 2019.

VAGGIONE, Juan Marco *et al*. *Upon LA*: Understanding the Politics of Neo-Conservative Mobilization in Latin America. Project proposal submitted to Norwegian Research Council. 2018.

WILSON, Bruce. Health Rights Litigation: Causes and Consequences. *In*: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (ed.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health*. Human Rights Program Series, p. 132-154. Cambridge MA: Harvard University Press, 2011.

YAMIN, Alicia Ely; PARRA-VERA, Oscar; GIANELLA MALCA, Camila. Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: An Elusive Promise? *In*: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (ed.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, p. 103-131. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

**How to quote this article:**

GIANELLA, Camila; ÁLVAREZ, Brenda. Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2146. https://doi.org/10.1590/2317-6172202146

*Camila Gianella*

PhD in Psychology from the University of Bergen. She holds a Msc from Charité – Universitätsmedizin Berlin and a degree on Psychology from the Pontifical Catholic University of Peru, where she is currently the Executive Director of the Centre for Social Sciences Research CISEPA and assistant professor at the Faculty of Psychology. She is also a researcher at the Chr. Michelsen Institute (CMI) and global fellow at the Centre on Law and Social Transformation, Bergen, Norway.

*gianella.c@pucp.edu.pe*

*Brenda Álvarez*

Lawyer with a Master degree in Constitutional Law from the Universidad Católica del Perú. She is a specialist in gender equality, sexual and reproductive rights, interculturality and public management. She has worked in national and international strategic litigation, as advisor at the parliament and on the design of public policies on gender equality and sexual and reproductive health. She is a specialized consultant for different public institutions and civil society organizations on issues related to gender equality and a member of Justicia Verde.

*brenda.alvarez@pucp.pe*

V. 17 N. 3
2021

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 28.06.2021
Aprovado: 05.10.2021

https://doi.org/10.1590/2317-6172202147

# Socio-Legal Strategies against a Total Abortion Ban in El Salvador: Alliances in Hostile Contexts

*ESTRATÉGIAS SOCIOJURÍDICAS CONTRA A PROIBIÇÃO TOTAL DO ABORTO EM EL SALVADOR: ALIANÇAS EM CONTEXTOS HOSTIS*

*María Angélica Peñas Defago*[1,2] and *Violeta Cánaves*[3]

**Abstract**
The case of El Salvador provides unique evidence of how solidarity is possible among different social movements in struggles over abortion law reform and its impact, even in contexts of extreme criminalization. The paper depicts a concrete example of how networks centered on abortion struggles can go beyond feminist movements and national borders, and shows the domestic impact of broadening the scope of the audience, the actors involved, and the spheres where abortion law discussions take place. The article focuses on the evolution of socio-legal mobilization regarding abortion in El Salvador over the last two decades. This evolution is presented through three moments: the first centers on the legal actions that feminist movements orchestrated in the mid-2000's around the Beatriz case. The second moment focuses on the most outstanding features of the "Las 17" campaign – a collaborative and international experience that entailed the submission of seventeen pardon petitions on behalf of women who had been convicted of homicide after having miscarriages. Finally, a third moment entails the socio-legal strategies embraced by feminist movements since 2018 within the framework of the campaign named "Las 17+".

**Keywords**
Socio-legal mobilization; abortion; feminism; human rights; criminalization.

***Resumo***
*O caso de El Salvador fornece uma evidência ímpar de como é possível a solidariedade entre diferentes movimentos sociais na luta pela reforma da legislação sobre aborto e seus impactos, mesmo em contextos de extrema criminalização. O artigo relata um exemplo concreto de como redes centradas nas lutas pelo aborto podem ultrapassar as fronteiras nacionais e dos movimentos feministas, e mostra o impacto nacional causado pela ampliação do debate público, dos atores envolvidos e das esferas de discussão que tratam do tema da legislação sobre aborto. É destacada a evolução da mobilização sociojurídica em relação ao aborto em El Salvador ao longo de duas décadas. Essa evolução é apresentada em três momentos: o primeiro é centrado nas ações jurídicas que os movimentos feministas orquestraram em meados dos anos 2000 sobre o caso Beatriz. O segundo momento analisa as características mais marcantes da campanha "Las 17", uma experiência internacional e colaborativa que envolveu a apresentação de dezessete petições de perdão judicial em nome de mulheres que foram condenadas por homicídio após terem sofrido abortos espontâneos. Por fim, o terceiro momento examina as estratégias sociojurídicas adotadas pelos movimentos de mulheres desde 2018 no âmbito da campanha "Las 17+".*

***Palavras-chave***
*Mobilização sociojurídica; aborto; feminismo; direitos humanos; criminalização.*

**1** National University of Córdoba, Córdoba, Argentina

**2** University of Bergen, Bergen, Norway
https://orcid.org/0000-0001-8190-907X

**3** National University of Litoral, Santa Fe, Argentina
https://orcid.org/0000-0003-0782-5868

CC BY-NC

## Introduction[1]

Social movements' use of legal tools can teach us strategies of resistance, resilience, and imagination, even in contexts that are extremely hostile to reproductive rights and where change might seem impossible. The case of El Salvador represents the most adverse and aggressive scenario for women's reproductive rights in Latin America and the Caribbean, for the country completely criminalizes abortion, even incarcerating women for more than thirty years for having spontaneous abortions.

The tensions around the recognition of sexual and reproductive rights in El Salvador have been a common feature in Latin America at the domestic and transnational level since the 1980s (HTUN, 2003; VAGGIONE, 2005; CORREA and PARKER, 2011; PECHENY and DE LA DEHESA, 2009). After the country's peace agreements of 1992 and during the process of democratic strengthening, conservative sectors designed an agenda regarding abortion that both defined and framed the fate of abortion politics in El Salvador for the years to come. Conservative legal reforms were achieved in the mid-1990s due mainly to a coalition among the Catholic Church hierarchy, the Catholic nongovernmental organization Sí a la Vida (meaning "yes to life"),[2] and the right-wing political party Nationalist Republican Alliance, which held the presidency between 1992 and 2009 (FEUSIER, 2015; CENTER FOR REPRODUCTIVE LAW AND POLICY, 2001).

Before these reforms, the Criminal Code provided for some non-punishable abortions by creating exceptions for unintentional abortions, therapeutic abortions, abortions in cases of rape, and eugenic abortions (GOVERNMENT OF EL SALVADOR, 1973 and 1974). One of the consequences of these reforms, which established a total criminalization of abortion, was the severe persecution and criminal conviction of women who have had abortions or miscarriages. In El Salvador, one sees even the brutal persecution of women who have out-of-hospital deliveries due to obstetric emergencies.

In this context, a major focus of the feminist movements has been the use of legal (*e.g.*, litigation and legal advocacy) and social strategies to shape the interpretations of judges and other public officials, as well as to change sociocultural perceptions of abortion and women's human rights in general.

1 This article was evaluated by Catarina Helena Cortada Barbieri, the editor-in-chief of *Revista Direito* GV, and by guest editors Camila Gianella and Marta Rodriguez de Assis Machado.

2 The NGO Sí a la Vida is the Salvadoran chapter of Vida Humana Internacional. Vida Humana Internacional was created in 1984 as a division of Human Life International. Under its leadership, various organizations in different countries in Latin America began to come together, including Ceprofarena in Peru (1981), the Movimiento Anónimo por la Vida in Chile (1985), and ProFamilia in Argentina (1983), all with the common agenda based on the defense of the sexual agenda promoted by the Vatican.

Considering the Salvador case, the goal of this paper is to show one experience of legal mobilization led by feminist movements in a context of a total abortion ban. To this end, the paper focuses on the evolution of feminist socio-legal mobilization regarding abortion in El Salvador over the last two decades. This evolution is presented through three "moments". The first moment centers on the legal actions that feminist movements orchestrated in the mid-2000s around the *Beatriz* case. This case is key to understand the abortion struggles in El Salvador, at both national and international levels. The second moment centers on the most outstanding features of the "Las 17" campaign, a collective and international experience that entailed the submission of seventeen pardon petitions on behalf of women who had been unjustly convicted of homicide after having miscarriages in advanced stages of pregnancy. Finally, the third moment entails the socio-legal strategies embraced by women's movements since 2018, within the framework of the campaign named "Las 17 +".[3]

Broadly, our analysis of abortion law reform in El Salvador centers on two key concepts: legal mobilization, from a human rights perspective, and transnational support networks.

The first of these, legal mobilization, entails civil society actors' adoption of national and international legal strategies, including litigation, to encourage political and legal reforms, as well as social change (MCCANN, 1994, 2006; VANHALA, 2018). In El Salvador, legal mobilization strategies have been intertwined with several regional experiences in which feminist movements, together with other movements and human rights organizations, seek legal reform through legal institutions (CABAL, ROA and SEPÚLVEDA, 2003; CABAL and TODD-GHER, 2009; JARAMILLO and SIERRA, 2018; RUIBAL, 2015). Furthermore, socio-legal mobilization in El Salvador has been framed in terms of the constitutionalization of abortion law, and in general in terms of women's autonomy, freedom, equality, and right to a life free from violence (SIEGEL, 2014; BERGALLO and RAMÓN MICHEL, 2018; BERGALLO, 2018; MACHADO and COOK, 2018).

On the other hand, the frame of human rights law has evolved into a founding platform in feminists' call for abortion law reform and also into one of the most frequently deployed discursive frameworks in legal briefs and extra-legal communication strategies (YAMIN, 2008; REBOUCHÉ, 2016; YAMIN and BERGALLO, 2017; BERER and HOGGART, 2019; STIFANI *et al.*, 2018; RUIBAL and FERNANDEZ ANDERSON, 2020). This phenomenon

3 At the methodological level, a revision of different legal documents has been conducted: sentences, lawsuits, stenographic versions of legislative sessions of the penal and constitutional reforms related to the object of study, presentations to national and international human rights organisms, e-magazines on gender issues, relevant policy documents from various international non-governmental organizations, among others. In addition, the paper considers 13 interviews conducted in person by one of the researchers in El Salvador in 2014, 2015 and 2017 with key actors involved in the legal mobilization processes regarding abortion in this country.

depicts the way in which international human rights law and human rights as a socio-political communication framework can function as a tool for cultural debates in a broad strategy beyond the judicial field.

The second key concept we will use to analyze the Salvadoran case refers to transnational support networks, or in the words of Margaret E. Keck and Kathryn Sikkink (1998) "transnational advocacy networks". These advocacy networks are established by women's coalitions of activists and defenders who share social values and whose actions go beyond legal and political reforms, trying to influence the terms of the debate itself. As expressed by Gillian Kane (2008), the creation of alliances and networks in Latin America, both local and transnational, has been a key component in advancing more permissive legislation on abortion. One of the features of these alliances is that they include not only feminist organizations but also other national and international human rights movements and organizations.

## I. The *Beatriz* Case

The democratic transition in El Salvador after the 1992 peace agreements created a context of tension between the government and women's movements, particularly after the election of Francisco Flores to the presidency (IRAHETA, 2009). At the same time, religious organizations successfully continued thwarting all attempts to advance sexual and reproductive rights (HERRERA ARGUETA and UGARTE, 2009).

Since the mid-2000s and after a series of articles about El Salvador published by the *New York Times*, the issue of abortion reemerged in the public arena. These articles described the serious consequences that the country's new regime of abortion criminalization were causing to the life of women (INTERVIEW WITH FEMINIST MOVEMENT LEADER, 2015). The reports inspired a gradual strengthening of feminist movements.

For example, following a *New York Times* article published in 2006 about Karina, a woman who was imprisoned after suffering a miscarriage (NEW YORK TIMES, 2006), several feminist activists from El Salvador joined forces with local private attorneys and international experts in medicine and criminology to promote the legal defense of Karina. One of the critical points of Karina's defense was the difficulty in obtaining access to scientific expertise: due to fear of legal and social retaliation, social organizations were unable to find a specialist from El Salvador willing to provide expert testimony. As a result, the organizations had to create alliances with international experts who officiated as external experts.[4]

4 Among those who supported this case as experts were María Castellano Arroyo, from the Department of Forensic Medicine, Toxicology and Psychiatry of the University of Granada, and Mariano Cantex, director of the Interdisciplinary Center for Forensic Research in Argentina.

Thanks to the joint work of local feminists and their international allies, Karina was released from prison in 2009. This legal victory led to an important decision: to create Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico (Citizens' Association for the Decriminalization of Therapeutic, Ethical, and Eugenic Abortion, hereinafter referred to as Agrupación Ciudadana). The creation of Agrupación Ciudadana is also connected with the experiences that were being carried out in other countries of the region that suffered legal reforms of total penalization, as is the case of Nicaragua in 2007:

> Karina's result gave us a lot of hope, a lot of strength. That is the context in which we decided to create the Agrupación Ciudadana. In fact, at the beginning we also had some meetings with the *Grupo Estratégico por la Despenalización del Aborto Terapéutico de Nicaragua* – GEDAT (Strategic Group for the Decriminalization of Therapeutic Abortion of Nicaragua). When we found out how they were working, a little inspired by that experience in Nicaragua, we created the Agrupación Ciudadana. (INTERVIEW WITH FEMINIST MOVEMENT LEADER, 2015)

In 2010, Agrupación Ciudadana brought a lawsuit to court claiming the unconstitutionality of the country's total criminalization of abortion. In 2011, the court rejected the claim and, reiterating a 2007 standard,[5] ruled that when a maternal-fetal conflict of interests exists in cases of therapeutic and eugenic abortion, or in cases of rape, women can make use of the "necessity" defense outlined in article 27 of the Criminal Code in order to obtain a legal abortion (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2011).

Two years later, on April 11, 2013, Agrupación Ciudadana filed an *amparo* with the Supreme Court on behalf of Beatriz, a twenty-two-year-old woman who was seeking an abortion because she was seriously ill and pregnant with an anencephalic fetus. Both the country's health minister, María Isabel Rodríguez, and the board of directors from the hospital where Beatriz was hospitalized voiced their public support for Beatriz, positioning themselves in favor of the *amparo* (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2013).

5 In 1998, two law students brought an action of unconstitutionality to the Supreme Court of Justice against the 1998 Criminal Code, as part of their degree dissertation. They argued for the unconstitutionality on the grounds that the code did not include the traditional provisions for an abortion. In 2007, i.e. nine years after this process was started, the Supreme Court rejected the case, stating that the indications for abortion exceptions were still in force in the new regime, although tacitly. The Supreme Court ruled that these exceptions were included in the general causes for penalty exceptions which were part of Article 27 of the Salvadoran Penal Code. *See* Sentence 18, Constitutional Branch of the Supreme Court of Justice, 20 Nov. 2007.

On April 18, 2013, and due to the lack of a timely response by the court, Agrupación Ciudadana and the Center for Justice and International Law presented a petition of precautionary measures[6] to the Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter, IACHR) which were granted on April 29, 2013. On May 9, 2013, the IACHR reiterated to the State the precautionary measures granted in order to safeguard the life, personal integrity, and health of Beatriz (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2013).

On May 20, the petitioners requested that the IACHR refer the case to the Inter-American Court of Human Rights for the adoption of precautionary measures.

Despite international mobilization, on May 28 the Supreme Court of El Salvador rejected the *amparo*, arguing that the Salvadoran Constitution protects life from the moment of conception (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2013). This decision reversed the standard used by the same Court in 2011, when it established that in cases of maternal-fetal conflict of interests, the "necessity" exception in the Criminal Code was applicable to access a legal abortion. The court denied Beatriz access to an abortion, in open contradiction with its 2011 decision.

The day after the Supreme Court's ruling, the Inter-American Court requested that the Salvadoran government make the necessary medical decisions to ensure the adequate protection of Beatriz's rights to life and to personal integrity (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2013). Such measures amounted to a request for a therapeutic abortion, in line with the recommendations of Beatriz's doctors. These measures dictated by the Inter-American Court became a transcendent precedent in the debates on abortion for the region in terms of the scope of the protection of the right to life, health, and sexual and reproductive rights in general (ARANGO OLAYA, 2014; FANNI, 2018). Regarding the protection of the right to life, the Inter-American Court ratifies its position in the *Artavia Murillo* case in relation to Article 4 of the Inter-American Convention by addressing the protection of the right to life of the unborn as incremental and gradual, and taking into consideration the other rights of women at stake. The Inter-American Court also referred to the need in Beatriz's case for comprehensive protection of her right to health and personal integrity, which includes her mental health (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2012, par. 14).

6 According to the Inter-American Commission on Human Rights (2012) precautionary measures perform two functions related to protecting the fundamental rights enshrined in the rules of the inter-American system: they are "precautionary" in the sense of preserving a legal situation, or the subject of a petition, on which the Commission is to exercise its jurisdiction, and "protective" in the sense of preserving the exercise of human rights. The IACHR (2012) also points out that the "mechanism affords protection against irreparable harm to the beneficiary as a legal person under international human rights law. The irreparability requirement applies to circumstances in which the alleged victim cannot be compensated monetarily for his or her loss, or when it is impossible to restore the exercise of a violated right or indemnify the victims for the consequences of the violations that might be committed."

Despite that, on June 3, when Beatriz was six months pregnant, she underwent a C-section in order to save the life of the fetus. About five hours after this medical intervention, the fetus, which had been born without a brain, died.

The massive media impact of the *Beatriz* case at the national and international levels not only created an intense debate on abortion in the Salvadoran public sphere but also helped strengthen the alliances that Agrupación Ciudadana had been constructing until that point. Among other factors, the extensive media coverage permitted Agrupación Ciudadana to strengthen its connections with other human rights organizations, at the local and international levels, in its struggle for the decriminalization of abortion in El Salvador.

In December 2013, the Colectiva Feminista para el Desarrollo Local de El Salvador (Feminist Collective for Local Development in El Salvador), Agrupación Ciudadana, IPAS Central America, and Center for Justice and International Law filed a petition before the IACHR against the Salvadoran State for the human rights violation suffered by Beatriz.

In their presentation, the petitioners argued the violations of the principle of legality and of the rights to life, to personal and family integrity suffered by Beatriz, in the following terms:

> [T]he State failed to meet its obligation to respect the rights to life and personal integrity/human treatment of Beatriz and to fulfill its duty to prevent violations of those rights, a situation that, in addition, amounted to violence against women, due to the passive conduct of the health authorities who failed to proceed to interrupt the pregnancy, thereby allowing the pregnancy to continue past the 20th week and to require more extensive surgery, placing Beatriz's life at extreme risk and causing her and her family profound uncertainty and suffering. For that reason, the petitioners also allege violations of her family members' right to integrity. They further argue that these impairments to Beatriz's life, personal integrity and comprehensive health constituted cruel, inhuman, and degrading treatment and give rise to aggravated liability, due to noncompliance with the precautionary measures issued by the Commission. [...] the authorities violated Beatriz's right to privacy and personal integrity. Finally, they argue that the criminal laws in force on abortion violate the principle of legality given the situation of legal uncertainty generated for Beatriz, who was left not knowing whether she would in fact be prosecuted for consenting and proceeding with the interruption of the gestation of the anencephalic fetus, and that said legislation constitutes a regression vis-à-vis the State's international obligations to progressively achieve full materialization of the right to health. [...] the restrictive constitutional and criminal law that bans all forms of abortion in practice discriminates disproportionately against girls and women. (IACHR, 2017, par. 13)

In September 2017, the IACHR recognized that Beatriz's human rights had been violated and admitted the lawsuit against El Salvador. A month later and unaware of this news due

to delays in the notification, Beatriz died due to a minor accident that had triggered a series of infections that her weakened body could not resist.

This was not the first accusation filed before an international human rights body against El Salvador as a consequence of the country's restrictive abortion law. In 2012, the Center for Reproductive Rights and Agrupación Ciudadana brought a case to the IACHR on behalf of Manuela, a thirty-three-year-old woman who died in 2010 due to an aggressive form of cancer that had been left untreated while she was in prison for having been convicted of homicide after suffering an obstetric emergency (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2020). In July 2019, the IACHR filed an application to the Inter-American Court of Human Rights over case 13.069, *Manuela and family vs. El Salvador*.

After the *Beatriz* case, the Supreme Court ruled again on the country's abortion ban in a suit that did not directly involve feminist organizations. In 2014, one of the attorneys who had supported women's organizations in El Salvador, Víctor Hugo Mata Tobar, brought an unconstitutionality action once again, this time in his own name and not on behalf of feminist organizations (PEÑAS DEFAGO and CANAVES, 2018).

Despite the public impact that the *Beatriz* case had generated nine months before, the Supreme Court showed no change in its position and ruled just as it had done in 2007 and 2011. In other words, it ruled that the dispute between the rights of a fetus and those of a pregnant woman "may be perfectly settled by the duly reasoned recourse to some of the causes for penalty exception included in Article 27 of the Criminal Code" – exceptions that the same court did not take into consideration when ruling on *Beatriz* one year before (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2013).

After the Supreme Court's different rulings rejecting a broader interpretation of the country's abortion law, feminist organizations decided to follow a different path in their struggle for legal reform. However, they continued bringing cases to the courts on behalf of incarcerated women (INTERVIEW WITH FEMINIST MOVEMENT LEADERS, 2015, 2016). This is how the "Las 17" campaign was born.

As we look at this first "moment" of feminist legal mobilization, we can see how, in each action that the movements prompted, there were considerations of the experiences in other countries, like the advantages and challenges that changes in the legal and political context could entail. One important example in this sense is the change in the political and social scene dating back to 2009. This year was not only the year of the creation of the Agrupación Ciudadana, but also the year when Mauricio Funes won the presidential election. This was the first time that the FMLN won an election since the peace accords. Despite Funes' resistance to opening the debate on abortion, certain issues pertaining to sexual and reproductive health advanced considerably during his term,[7] which on

7 For example, in Funes' term, the reservations voiced by El Salvador at the Cairo Conference were removed, and a national policy on sexual and reproductive health was approved.

different occasions made him come up against the pro-life movements and the catholic hierarchy (VITERNA, 2012).

This political change in the national administration was one of the key elements mentioned by feminist movements' analysis regarding opportunity settings before bringing the legal actions.

The *Beatriz* case was a turning point in legal mobilization around the legalization of abortion in El Salvador. The public exposure of the case's details helped unearth information about the different types of violence that a total ban on abortion could provoke. It also allowed feminist organizations to forge alliances with the health sector and the obstetrician-gynecologists' union, both of which had been reluctant to take a stand on abortion for years. Some of the resulting alliances collaborated in beginning a conversation between litigant organizations involved in the *Beatriz* case and the Ministry of Health. That dialogue led to the creation of a technical guide for health services, which helped health care providers obtain clarity about the law in cases of maternal-fetal conflicts of interests. After the *Beatriz* case, local women's organizations were able to begin working with the health sector and universities in a more coordinated manner and to provide health care providers with training sessions on how to adopt a gender perspective in their services.[8]

## 2. "Las 17": Making Women and their Stories Visible

One of El Salvador's most complex problems is its brutal criminalization of women. The effects of the total abortion ban are twofold: (1) the persecution of women by the police and (2) the criminal conviction of women. Even women who have suffered miscarriages have been prosecuted and imprisoned. In many of these cases, the convictions do not even mention abortion and are categorized instead as aggravated homicide, in the midst of serious procedural deficiencies (VITERNA and GUARDADO, 2014). In this context, a conviction for abortion – which carries a maximum sentence of eight years in prison – may turn into fifty years in prison. Most of these criminal proceedings originate from police reports filed by public health care providers, the very individuals whom women turn to when seeking help (AGRUPACIÓN CIUDADANA, 2012).

After the failed cases brought to the Supreme Court, and as a consequence of strengthening experiences and alliances, in 2014 the Salvadoran feminist movement and its international allies submitted seventeen pardon petitions to the Legislative Assembly on behalf of women who had been unfairly convicted of homicide after suffering miscarriages. According to one

8 As examples we can mention the I Course on Human and Reproductive Rights, organized by the High Council of Public Health (Consejo Superior de Salud Pública,) the Feminist Collective Association for Local Development (Asociación Colectiva Feminista para el Desarrollo Local), Agrupación Ciudadana, and IPAS.

of the movement's leaders, the strategy of "Las 17" was inspired by similar actions that the Mexican organization Las Libres had been conducting since 2010.[9] Also, the strategy of submitting pardon petitions had already been employed in El Salvador in 2007, by one of the lawyers who would later become a member of Agrupación Ciudadana (INTERVIEW WITH AGRUPACIÓN CIUDADANA'S ATTORNEY, 2017).

The central arguments of the pardon petitions filed by Agrupación Ciudadana – which were written by local attorneys in collaboration with specialists on human rights law and with international human rights organizations – emphasized the violation of the right to appeal (INTERVIEW WITH FEMINIST MOVEMENT LEADERS AND LAWYERS, 2015 and 2017).

An important dimension of "Las 17" was that the legal actions were promoted along with a large-scale national and international media campaign called "Una flor para las 17" (A flower for the 17). Part of this strategy entailed having public figures from culture, science and international entities take a public stance in favor of the "Las 17". Another high-impact action of this strategy consisted in making the life stories of the 17 women imprisoned available to the general public. This information was disseminated in different formats, such as short films that documented the life history of each of the women in "Las 17" and detailing the human rights violations committed during the legal processes that condemned them, among other details. The dissemination of the life stories of "Las 17" revealed some of the consequences suffered by women vis-à-vis the absolute legalization of abortion in El Salvador. The life stories brought the attention of international media and, as a result, various journalistic and documentary reports were produced by the BBC, Deutsche Welle, Al-Jazeera, El País, and The Guardian, among others (AGRUPACIÓN CIUDADANA, 2020). The social and media campaigns contributed to translate the technical language in the judicial sentences to a broader audience, putting women's bodies, faces and life stories in the spotlight, providing a new light to the legal discussions on abortion. A decisive aspect to stress is how media outlets addressed the topic. As several actors of the feminist movements in El Salvador have expressed on occasion, media strategies are as important as the legal strategies, given the pressure that the press (particularly the international press) places on specific legal and political operators (BENAVIDES, 2019).

Another important element to consider in "Las 17" campaign was also the support of the international human rights organizations from abroad. For instance, Amnesty International's general director addressed El Salvador's Legislative Assembly, arguing in favor of granting the pardons (BERNAL, 2014). The Union Confederation of the Workers' Commission from Valencia (Spain), different United Nations experts (OFFICE OF THE UNITED NATIONS

9 In 2013, the Centro Las Libres reported that in Mexico there were 157 women who had been informed on for abortion, and who were finally charged with homicide (EL UNIVERSAL, 2010).

HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, 2015), the International Federation of Women in Legal Careers, and the European Parliament, among others, presented briefs to the Supreme Court in favor of the pardons. International pressure also came from the presentation of documents supporting the campaign in different Salvadoran embassies and consulates in Latin America and Europe (PEÑAS DEFAGO, 2018b).

As a consequence of the pardon petitions, Guadalupe was the only one out of the group of seventeen to obtain her freedom. After the pardons resolution, more than ten women who were part of "Las 17" were released within the framework of the next feminist campaign called "Las 17+" (AGRUPACIÓN CIUDADANA, 2020).

The impact of "Las 17," however, went beyond the specific pardon petitions. In 2016, Lorena Peña, member of the lower house of congress, introduced a bill to decriminalize abortion in cases of rape, when the woman's life or health is at risk, and when human trafficking is at stake. It was the first time in twenty years that a bill had been introduced to reform the country's abortion law.[10] In support of the bill, women's organizations presented a letter containing more than 200 signatures collected in El Salvador and around the world.

After this campaign, local human rights organizations joined Agrupación Ciudadana and others feminist organizations in the defense of legal actions and campaigns to free imprisoned women and to promote the abortion debate locally.

However, the debate sparked by the "Las 17" campaign also inspired law reform efforts against abortion. In 2014, a congresswoman from the Nationalist Republican Alliance requested to the Legislative Assembly a public statement against abortion. This presentation happened after Amnesty International filed a report to the Legislative Assembly requesting the pardon of "Las 17." Moreover, in 2016, congressman Ricardo Velásquez Parker (Nationalist Republican Alliance) introduced a bill to reform the Criminal Code to extend abortion penalties to thirty and fifty years of imprisonment, on the grounds that abortion entails homicide (FCMUJERES, 2016). The bill attempted to legitimate the conviction not only of women who have had abortions but also, as in the case of "Las 17," of women who have been charged with homicide after suffering miscarriages.

On April 30, 2018, the 2015-2018 legislative term ended without any of the bills coming up for debate, and in consequence both bills lost their parliamentary status. If Congress wants to address them, new bills need to be re-introduced by a member of Congress.

10 In 1998, congresswoman Ofelia Navarrete (FMLN) submitted a proposal to reverse the total ban on abortion. The bill sought to decriminalize abortion in cases in which the woman's life was at risk. Given that in 1999 presidential elections would be held, Navarrete was forced to withdraw the proposal due to pressures from her own party, FMLN, which was not interested in allowing abortion to be a part of its electoral campaign (FREEDMAN, 2013).

## 3. "Las 17+": The Struggle Continues

After the pardon petitions were ruled on by the Supreme Court, the "Las 17" campaign became "Las 17+" and prompted new socio-legal actions, such as requests to commute sentences, requests to revise sentences, petitions for alternatives to imprisonment, and habeas corpus petitions (PEÑAS DEFAGO, 2018a and 2018b). As a consequence, more than ten women were freed between 2017 and 2019 (AGRUPACIÓN CIUDADANA, 2020).

One of the most notorious cases among these was the case of Evelyn, one of the original seventeen women, who had been sentenced to thirty years in prison after suffering a miscarriage at home. At the time of her miscarriage, Evelyn was eighteen years old. Following her conviction, her defense filed an appeal. This measure was taken by Agrupación Ciudadana together with the Human Rights Institute from Universidad Católica Centroamericana and the Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, two of the most renowned human rights organizations in El Salvador. In December 2018, the Supreme Court overturned Evelyn's sentence, holding that an infringement of a reasoned judgment had been committed, and ordered a re-trial.

After this ruling, Evelyn's defense requested that she be released on parole after serving three years. In February 2019 she was released and waited for a new trial.[11] In August 2019, the judge of the new trial in a lower court in Cojutepeque found Evelyn innocent of the charges and absolved her, reasoning that the Public Prosecutor's Office was unable to demonstrate her involvement in the event. The new trial thus determined that there was no crime whatsoever in the out-of-hospital emergency delivery. However, Evelyn's legal conundrum was not over yet. Days after her absolution, the Public Prosecutor's Office appealed the Cojutepeque trial's decision and ratified the original petition for a forty-year imprisonment of Evelyn. In an attempt to help put an end to women's cruel and systematic persecution, organizations at the national and international level have been demanding justice by conducting several public actions, all of which are labeled with the hashtag #JusticiaParaEvelyn. As with the mobilizations of "Las 17," part of the international pressure in this case also came from the presentation of documents supporting the campaign "JusticiaParaEvelyn" in different Salvadoran embassies and consulates in Latin America and Europe. On June 2020, the Appeals Chamber of Cojutepeque confirmed the absolution of Evelyn.

As it was mentioned above, according to official records of the Agrupación Ciudadana, more than ten women were released by legal and political actions framed in the campaign "Las 17+" (AGRUPACIÓN CIUDADANA, 2020).

The reality of women in El Salvador continues to be difficult even after they are released. According to the latest report of the Agrupación Ciudadana (2020), after obtaining their

11 This was not the first time that women's organizations had implemented this measure. In April 2016, Agrupación Ciudadana managed to obtain permission for Flor Arely to be released on parole. Flor Arely had also been accused of homicide after suffering a miscarriage.

freedom and as a result of the social stigma that weighs on them, many women had difficulties to get a job, as well as to reintegrate into their families and community. Given this, women's organizations recently inaugurated new strategies, such as the "Las Liberadas" initiative, which makes it possible to strengthen ties of solidarity between liberated women, as well as promoting support networks (AGRUPACIÓN CIUDADANA, 2020).

Recently, legal actions have extended into grounds for complaint about the different sorts of sexual violence that caused these women to become pregnant in the first place. In 2019, feminist organizations mobilized around the case of Imelda, who was in prison for abortion. Her pregnancy, however, had been the result of sexual abuses committed by her stepfather since Imelda was eleven years old. Imelda's abuser received a thirteen-year sentence for the sexual abuses, and the Public Prosecutor's Office requested that Imelda receive a twenty-year conviction for the crime of abortion (ROSALES MARTEL, 2018). In other words, Imelda's crime was considered worse than the crime of her abuser. The unfair reality that Imelda's case exposes is also evident across the country. According to the Ministry of Public Health, in 2016, 21,000 girls under the age of eighteen became pregnant as a result of rape (LÓPEZ, 2018). Between 2013 and 2016, the Public Prosecutor's Office brought to trial only 27% of the cases of complaints of sexual abuse. With respect to the trials in the same period, only 10% of these received a sentence (NÓCHEZ and AGUIRRE, 2017).

Today, national and international legal mobilization continues in El Salvador, exposing several arenas and actors involved in the disputes over abortion. The complexity of those mobilizations makes it necessary to approach these disputes in terms of a transnational logic (JURIS and KHASNABISH, 2013). Disputes over abortion transcend the national sphere and incorporate different levels of analysis and actions, such as the regional, international and local levels. This is important also because we need to consider the more recent backlash from the conservative actors, who made international and legal alliances after the re-politicization of the abortion debate in El Salvador.

In terms of backlash, one key dimension to consider is how the growing politicization of abortion gave rise to the creation of new self-proclaimed pro-life organizations and international alliances between conservative organizations. Once "Las 17" campaign was launched, the Salvadoran organization Sí a la Vida, together with the Alliance Defending Freedom (a U.S. NGO specialized in conservative litigation), called for new lawyers to join the pro-life cause in El Salvador (JOMA, 2015). Also as part of the backlash, the NGO Sí a la Vida extended its influence to the international arena of human rights. In 2015, Si a la Vida asked to be recognized as an organization by the Organization of American States with the purpose of intervening as a member of the civil society in OAS's General Assembly (PERMANENT COUNCIL OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 2015).[12]

12 The actions of the conservative actors in the international human rights system in order to resist the legal reforms on abortion, among other sexual and reproductive rights, are not exclusive of El Salvador. As

Furthermore, the media and social media campaigns around "Las 17" were also emulated by conservative actors. In 2020 a documentary titled "El fraude de las 17" (The fraud of the 17) was launched by El Faro Film, an Argentinian pro-life audiovisual studio.[13] The launch of the documentary and its extensive dissemination coincided with the news that El Salvador could be internationally condemned by the Inter-American Court of Human Rights for the case of Manuela.

On March 10 and 11, 2021, the Inter-American Court of Human Rights heard arguments in the *Manuela vs. El Salvador* case.[14] The future resolutions of the Inter-American Court (in Manuela's and Beatriz' cases) can have an impact not only in El Salvador but also on the abortion legalization debates throughout Latin America. The recent experience of El Salvador also shows how the repolitization of the abortion debate could generate new articulations between conservative actors at national and international spheres (MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2020).

## 4. Lessons from the Salvadoran Case: Open Debate beyond El Salvador

The case of El Salvador shows how social and cultural strategies can be combined with legal strategies to resist the effects of a total ban on abortion and promote legislative and social change. On occasion, these actions may translate into effects that are not just legal but also symbolic in the long term. Examples of those effects are changes in the perspective the media has on abortion, as well as new alliances with health and human rights sectors, and academia, among others. In "Las 17," the proper names (sometimes fictitious at the request of the women themselves) embodied the life stories and the horror women experienced when facing the judicial, criminal, and very often medical systems. The public dissemination of their stories has played a key role in the impact of the legal actions. These strategies contributed as well to propel social and political debates about the real-life consequences to Salvadoran women of the total abortion ban system.

• • •

Lynn Morgan (2014) points out, since the mid-1990s the participation of the Holy See in the UN Conferences in El Cairo (1994) and Beijing (1995) made clear the importance of those spaces for the advancement of conservative strategies. If the participation of the conservative groups in the international human rights system – especially the United Nations – is not new (CHAMBERLAIN, 2006; YAMIN, DATTA and ANDION, 2018), the novelty here is the intensification of this participation in the last decade at OAS (MORGAN, 2021).

13 For more information about El Faro Film, see https://farofilms.org/.

14 To access the videos of the hearings, see Corte Interamericana de Derechos Humanos, Audiencia Pública, caso *Manuela y otros vs. El Salvador*, parte 1, 2021. Available at: https://www.youtube.com/watch?v=PPOkQEQugkk.

Some of these extra-legal results of contemporary feminist campaigns can be observed through the bridges between strategies and activists in the region and the world, which have been giving way to a reconstruction of law as a form of "intersubjective knowledge" (MCCANN, 1998). In this sense, the feminist legal strategies deployed in El Salvador not only changed the narrative about abortion law within the domestic borders – from an exclusive criminal law issue to a human rights issue – but also changed the narrative of human rights and abortion, providing new perspectives to analyze obstacles to access abortion as a violation of human rights. The faces and life stories of the activists in El Salvador brought new meaning to human rights law, adding voices to transform its interpretation. Literature on the constitutionalization of abortion law in a comparative approach could gain a valuable perspective taking the case of El Salvador as a new experience of feminist legal mobilization around abortion changing the narrative of constitutional and human rights law. What we have learnt and affirmed with the Salvadoran feminist movement strategies is that to impulse legal reform, law is simply not enough (SIEGEL, 2014; BERGALLO and RAMÓN MICHEL, 2018; BERGALLO, 2018; MACHADO and COOK, 2018). The path that feminist legal mobilization has followed in El Salvador demonstrates how the debate around abortion law reform has changed radically: it is no longer framed only in terms of a religious morality (a morality that for years has guided the country's political morality) but rather as an issue of human rights, understood from human rights legal and cultural dimensions. Even though many challenges remain, and the conservative backlash is re-articulating itself in the face of the new context, the matter is still on the agenda as a result of years of feminist activism. Without question, this is one of the most remarkable successes of the "Las 17" and "Las 17+" campaigns: raising awareness of the consequences that a total ban on abortion has for women's life and health, and giving evidence of how poorly the legal and medical systems work for women. The campaigns have also helped force the debate on abortion in El Salvador onto the public agenda – not just as a women's issue but as a matter that must be urgently addressed to strengthen democracy and to respect human rights in general.

Another lesson learned from the case of El Salvador refers to how feminist movements, despite difficulties, tried to build alliances and influence institutional life to achieve legal reform. Despite the extreme difficulties of the Salvadoran context, it is possible to see positive changes resulting from the initial legal strategies that the feminist movements launched in 2006. While in that first legal action movements needed to seek allies abroad, today feminist organizations in El Salvador are stronger and they have academic, legal, and medical allies, among other fields, not only abroad but also in their own country.

One of the key collaborative processes in El Salvador refers to the different actions that are articulated by the "transnational advocacy networks" (KECK and SIKKINK, 1998). The coordinated work between international and national networks of feminist movements and human rights activists managed to progressively generate and circulate information on the situations of incarcerated women, achieving real and symbolic support from international and

national actors. This was key to efforts in holding state actors accountable to the consequences produced by a criminal system such as the Salvadoran one. The case of El Salvador is also useful to think about the boomerang effect of this transnational mobilization (KECK and SIKKINK, 1998). As we have tried to show in this work, and especially since the Beatriz case, the transnational mobilization around abortion became a key element in the face of an adverse institutional and social scenario for the political and legal mobilization to demand an abortion legal reform. Socio-legal mobilization developed by feminist movements in El Salvador is a good model to see how it is possible to pave possible paths for dialogue and action from transnational alliances when the communication channels between the State and national public actors are complex and/or impossible.

The regional precedents that inspired the creation of Agrupación Ciudadana, as well as the pardon strategies, show the operation of information flows and shared strategies between feminist organizations that work in contexts of great hostility. The case of El Salvador is a unique experience that evidences how solidarity among different social movements is possible, even in contexts of extreme criminalization. These networks go beyond feminist movements and national borders. The alliances and networks created in El Salvador around the issue of abortion shed light on the importance of collaborative processes. These processes entail a continuous flow of information and joint actions that go beyond national borders but still have a great impact on local scenarios and debates.

Therefore, we believe that the case of El Salvador offers essential insights to help design feminist strategies for other contexts, not only in Latin America but also in the United States and Europe, where we can see new attempts to introduce total abortion bans have recently emerged.

**ACKNOWLEDGEMENTS**

*The authors would like thank Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en El Salvador for their generosity with them, and for their work towards the full realization of women's human rights in El Salvador. This paper however reflects only the authors' opinions.*

## REFERENCES

ABORTO en El Salvador: las mujeres acusadas de homicidio y encarceladas tras perder embarazos. *BBC News Mundo*, July 15, 2019. Available at: https://www.bbc.com/mundo/noticias-48997325.

ACTIVISTA espera que otras salvadoreñas presas por aborto sean libres en 2020. *La Vanguardia*, December 31, 2019. Available at: https://www.lavanguardia.com/vida/20191231/472664163006/activista-espera-que-otras-salvadorenas-presas-por-aborto-sean-libres-en-2020.html.

AGARESO. *Indebted to All Women: A Story about Abortion Criminalization in El Salvador*. YouTube, December 19, 2019. Available at: https://www.youtube.com/watch?v=UcanNtb_woM.

AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉTICO Y EUGENÉSICO. *Del hospital a la cárcel*: consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones, de la interrupción del embarazo en El Salvador. *Reporte de investigación*, San Salvador, 2020.

AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉTICO Y EUGENÉSICO. *Del hospital a la cárcel*: consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones, de la interrupción del embarazo en El Salvador. San Salvador: Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, 2012.

ARANGO OLAYA, Mónica. Inter American Court of Human Rights provisional measures adopted in B. v. El Salvador case and the strengthening of reproduction rights in the inter-American system. *Anuario de Derechos Humanos*, v. 10, p. 177-185, 2014.

BENAVIDES, Sofía. Radiografía del aborto en El Salvador: por qué es una pelea estratégica para toda América Latina. *Infobae*, September 8, 2019. Available at: https://www.infobae.com/america/america-latina/2019/09/08/radiografia-del-aborto-en-el-salvador-por-que-es-una-pelea-estrategica-para-toda-america-latina.

BERER, Marge; HOGGART, Lesley. Progress toward Decriminalization of Abortion and Universal Access to Safe Abortions: National Trends and Strategies. *Health and Human Rights Journal*, v. 21, n. 2, p. 79-83, 2019.

BERGALLO, Paola. Cosmovisiones constitucionales e interrupción del embarazo. *Pensar en Derecho*, n. 12, p. 43-79, 2018.

BERGALLO, Paola; RAMÓN MICHEL, Agustina. La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina. *In*: BERGALLO, Paola; RAMÓN MICHEL, Agustina (ed.). *La reproducción en cuestión*: investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto. Buenos Aires: Eudeba, 2018.

BERNAL, Laura. Amnistía Internacional pide a CSJ indulto para "las 17". *Contrapunto*, September 24, 2014. Available at: https://www.contrapunto.com.sv/archivo2016/sociedad/genero/amnistia-internacional-pide-a-csj-indulto-para-las-17.

BUKELE: Estoy a favor del aborto cuando esté en peligro la madre; creo que el matrimonio es entre hombre y mujer. *El Salvador Times*, November 5, 2018. Available at: https://www.elsalvadortimes.com/articulo/politicos/bukele-favor-causal-aborto-matrimonio-personas-mismo-sexo/20181031193602050584.html.

CABAL, Luisa; ROA, Mónica; SEPÚLVEDA-OLIVA, Lilian. What Role Can International Litigation Play in the Promotion and Advancement of Reproductive Rights in Latin America? *Health and Human Rights Journal*, v. 7, n. 1, p. 50-88, 2003.

CABAL, Luisa; TODD-GHER, Jaime M. Reframing the Right to Health: Legal Advocacy to Advance Women's Reproductive Rights. *In*: CLAPHAM, Andrew; ROBINSON, Mary (ed.). *Realizing the Right to Health*. Zurich: Rüffer and Rub, 2009.

CENTER FOR REPRODUCTIVE LAW AND POLICY. *Persecuted*: Political Process and Abortion Legislation in El Salvador. A Human Rights Analysis. New York: Center for Reproductive Law and Policy, 2001.

CHAMBERLAIN, Pam. *UNdoing Reproductive Freedom: Christian Right NGOs Target the United Nations.* Cambridge, MA: Political Research Associates, 2006.

CORRÊA, Sonia; PARKER, Richard. *Sexualidade e política na américa latina*: histórias, interseções e paradoxos. Rio de Janeiro: ABIA, 2011.

EL SALVADOR es uno de los pocos países que aún no han decidido que la vida de las mujeres importa. Entrevista a Sara Garcia. *CIVICUS*, June 27, 2017. Available at: https://www.civicus.org/index.php/es/medios-y-recursos/noticias/entrevistas/2879-el-salvador-es-uno-de-los-pocos-paises-que-aun-no-han-decidido-que-la-vida-de-las-mujeres-importa.

FANNI, Simona. The Protection of the Right to Life at the Intersection between Reproductive Rights and Scientific Progress in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, v. 20, n. 40, 2018.

FCMUJERES. Arena Diputado Velásquez Parker presenta iniciativa para proteger derecho inherente a la vida desde la concepción. July 2016. Available at: https://www.fcmujeres.org/el-salvador-criminalizacion-e-intento-de-endurecer-penas-por-aborto/.

FEUSIER, Oswaldo. Desde el dogmatismo hacia la exclusión: apuntes sobre el delito de aborto en El Salvador. *Revista Redbioética/UNESCO*, v. 2, n. 12, p. 46-69, 2015.

FEUSIER, Oswaldo. Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2012. Available at: http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4_pasadoypresentedeldelitodeabortoenelsalvador.pdf.

FREEDMAN, Elaine. El caso de Beatriz: ¿Quién tiene la palabra? *Revista Envío*, n. 376, 2013.

GARCÍA, C.; OCAMPO, S. Centro Las Libres: 157 permanecen recluidas. *La Jornada*, January 23, 2014. Available at: http://www.jornada.unam.mx/2014/01/23/estados/027n2est.

GOMÉZ, Ricardo. PRI pide liberar mujeres presas por aborto. *El Universal*, August 23, 2010. http://archivo. eluniversal.com.mx/notas/703639.html.

GOVERNMENT OF EL SALVADOR. Código Penal. Decreto n. 1030, 1974.

GOVERNMENT OF EL SALVADOR. Código Penal. Decreto n. 270, 1973.

HERRERA ARGUETA, Morena; UGARTE, Ana. *Informe El Salvador*: Colectiva Feminista para el Desarrollo Local. Balance de cuatro experiencias mesoamericanas en torno a la despenalización/penalización del aborto. San Salvador: La Colectiva, 2009.

HTUN, Mala. *Sex and the State*: Abortion, Divorce, and the Family Under Latin American Dictatorships and Democracies. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

IACHR. *Report n. 120/17. Petition 2003-13. Admissibility. Beatriz. El Salvador*. September 7, 2017.

IACHR. *Consultation on Module II: Precautionary Measures.* October 5, 2012.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*, December 11, 2020.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Asunto B.*: medidas provisionales respecto de El Salvador, May 29, 2013.

IRAHETA, Paula. *Diagnóstico sobre las mujeres salvadoreñas 2009.* San Salvador: Concertación Feminista Prudencia Ayala, 2009.

JARAMILLO SIERRA, Isabel; SIERRA, Tatiana Alfonso. *Mujeres, cortes y medios*: la reforma judicial del aborto. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008.

JOMA, Susana. Neydy Casillas: existe una confusión generalizada sobre el aborto como "derecho". *Elsalvador.com*, February 15, 2008. Available at: https://historico.elsalvador.com/historico/145545/neydy-casillas-existe-una-confusion-generalizada-sobre-el-aborto-como-derecho.html.

JURIS, Jeffrey S.; KHASNABISH, Alexander (ed.). *Insurgent Encounters*: Transnational Activism, Ethnography, and the Political. Durham: Duke University Press, 2013.

KANE, Gillian. Abortion Law Reform in Latin America: Lessons for Advocacy. *Gender and Development*, v. 16, n. 2, p. 361-75, 2008.

KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond Borders*. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

LÓPEZ, Jaime. Policía registra 1,376 niñas violadas en 2017 en El Salvador. *ElSalvador.com*, February 25, 2018. Available at: https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/policia-registra-1376-ninas-violadas-en-2017-en-el-salvador/453882/2018.

MACHADO, Marta; COOK, Rebecca. Constitutionalizing Abortion in Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, n. 3, p. 185-231, 2018.

MCCANN, Michael. Law and Social Movements: Contemporary Perspectives. *Annual Review of Law and Social Science*, n. 2, p. 17-38, 2006.

MCCANN, Michael. How Does Law Matter for Social Movements? *In*: GARTH, Bryant; SARAT, Austin. *How Does Law Matter?* Evanston: Northwestern University Press, 1998.

MCCANN, Michael. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel; PEÑAS DEFAGO, María Angélica. Una mirada regional de las articulaciones neoconservadoras. Rupturas y continuidades transnacionales. *In*: TORRES SANTANA, Ailynn (ed.). *Derechos en Riesgo en América Latina*. Bogotá: Ediciones desde Abajo/Fundación Rosa Luxemburgo, 2020.

MORGAN, Lynn. Global Anti-Abortion Coalition Targets the Organization of American States. *NACLA*, June 4, 2021. Available at: https://nacla.org/news/2021/06/04/global-anti-abortion-coalition-targets-organization-american-states.

MORGAN, Lynn. Claiming Rosa Parks: Conservative Catholic Bids for "Rights" in Contemporary Latin America. *Culture, Health & Sexuality*, v. 16, n. 10, p. 1245-1259, 2014.

NEJAIME, Doug. The Legal Mobilization Dilemma. *Emory Law Journal*, v. 61, n. 4, p. 664-733, 2012.

NEW YORK TIMES. Pro-Life Nation. *Jack Hitt*, April 9, 2006. Available at: https://www.nytimes.com/2006/04/09/magazine/prolife-nation.html.

NÓCHEZ, María Luz; AGUIRRE, Laura. Un paraíso para los violadores de menores. *El Faro*, January 31, 2017. Available at: https://especiales.elfaro.net/es/el_paraiso_de_violadores/impunidad/ 19894/Por-qu%C3%A9-queda-impune-el-90—de-las-violaciones-a-menores.htm.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Indulto a Guadalupe: expertos de la ONU instan a El Salvador a que se indulte a las mujeres que se encuentran en prisión por haber tenido complicaciones durante el embarazo y a derogar las leyes de aborto restrictivas. January 28, 2015.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. CIDH presenta caso sobre El Salvador a la Corte IDH. October 10, 2019. Available at: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/255.asp.

PECHENY, Mario; DE LA DEHESA, Rafael. Sexualidades y políticas en América Latina: un esbozo para la discusión. Paper presented at Diálogo Latinoamericano sobre Sexualidad y Geopolítica, Rio de Janeiro, Brazil, August 24, 2009.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica. El aborto en El Salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres. *Península*, v. 13, n. 2, p. 213-34, 2018a.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica. "Las 17": estrategias legales y políticas para legalizar el aborto en El Salvador. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 43, p. 91-107, 2018b.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica; CÁNAVES, Violeta. Movilización legal de mujeres y aborto: el caso de El Salvador. *In*: BERGALLO, Paola; JARAMILLO SIERRA, Isabel; VAGGIONE, Juan (ed.). *El aborto en América Latina: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.

PERMANENT COUNCIL OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Solicitud de registro presentada por la Fundación "Sí a la Vida". October 19, 2015.

REBOUCHÉ, Rachel. Abortion Rights as Human Rights. *Social and Legal Studies*, v. 25, n. 6, p. 765-82, 2016.

ROMERO DE URBIZTONDO, Alberto; CÁCERES DE LEÓN, Keila Eunice. *Los que se oponen a los derechos de las mujeres, población LGTBI, derechos sexuales y reproductivos*. San Salvador: Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, 2019.

ROSALES MARTEL, Metzi. Imelda Cortez: un caso de versiones y aversiones. *Factum*, November 11, 2018. Available at: https://www.revistafactum.com/imelda-cortez-un-caso-de-versiones-y-aversiones.

RUIBAL, Alba. Movilización y contra-movilización legal: propuesta para su análisis en América Latina. *Política y Gobierno*, v. 22, n. 1, p. 175-98, 2015.

RUIBAL, Alba; FERNÁNDEZ ANDERSON, Cora. Legal Obstacles and Social Change: Strategies of the Abortion Rights Movement in Argentina. *Politics, Groups, and Identities*, v. 8, n. 4, p. 698-713, 2020.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia* 310, May 28, 2013.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia 67*, April 13, 2011.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia 18*, November 20, 2007.

SIEGEL, Reva. The Constitutionalization of Abortion. *In*: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. (ed.). *Abortion Law in Transnational Perspective*: Cases and Controversies. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

VAGGIONE, Juan Marco. Reactive Politicization and Religious Dissidence: The Political Mutations of the Religious. *Social Theory and Practice*, v. 31, n. 2, p. 165-88, 2005.

VANHALA, Lisa. Legal Mobilization. Oxford Bibliographies, 2018. Available at: https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756223/obo-9780199756223-0031.xml.

VITERNA, Jocelyn. The Left and "Life" in El Salvador. *Politics and Gender*, v. 8, n. 2, p. 248-254, 2012.

VITERNA, Jocelyn; GUARDADO BAUTISTA, José Santos. Independent Analysis of Systematic Gender Discrimination in the El Salvador Judicial Process against 17 Women Accused of the Aggravated Homicide of Their Newborns. 2014. Available at: https://scholar.harvard.edu/files/viterna/files/viterna_guardado_white_paper_english.pdf.

YAMIN, Alicia Ely. Beyond Compassion: The Central Role of Accountability in Applying a Human Rights Framework to Health. *Health and Human Rights Journal*, v. 10, n. 2, p. 1-20, 2008.

YAMIN, Alicia Ely; BERGALLO, Paola. Narratives of Essentialism and Exceptionalism: The Challenges and Possibilities of Using Human Rights to Improve Access to Safe Abortion. *Health and Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 1-11, 2017.

YAMIN, Alicia Ely; DATTA, Neil; ANDIÓN, Ximena. Behind the Drama: The Roles of Transnational Actors in Legal Mobilization over Sexual and Reproductive Rights. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 19, n. 3, p. 533-570, 2018.

**How to quote this article:**

PEÑAS DEFAGO, María Angélica; CÁNAVES, Violeta. Socio-Legal Strategies against a Total Abortion Ban in El Salvador: Alliances in Hostile Contexts. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2147. https://doi.org/10.1590/2317-6172202147

*María Angélica Peñas Defago*

Adjunct Researcher at the National Council of Scientific and Technical Research, Argentina. Professor of Sociology of Law, National University of Córdoba. Fellow at the Centre of Law and Social Transformation, Chr. Michelsen Institute, University of Bergen. Member of Red ALAS.

*angelicapdefago@unc.edu.ar*

*Violeta Cánaves*

Professor of Constitutional Law, National University of Litoral, Argentina. LLM and JSD Candidate, Yale Law School. Member of Red Alas.

*violeta.canaves@gmail.com*

V. 17 N. 3
SET-DEZ 2021

ISSN 2317-6172

# 40

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**

**FGV DIREITO SP**

ISSN 2317-6172
9 772317 617004