

V. 18 N. 2
MAIO-AGO 2022
ISSN 2317-6172

42

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

 **FGV DIREITO SP**

REVISTA DIREITO GV

Revista **DIREITO GV**

ISSN 2317-6172

v. 18 n. 2 MAIO-AGO 2022

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. 18, N. 2 [MAIO-AGO. 2022] - SÃO PAULO:
FGV DIREITO SP, 2005-
V.

QUADRIMESTRAL

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

VERSÃO DIGITAL E PERIODICIDADE QUADRIMESTRAL
A PARTIR DE 2016

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

ISSN 2317-6172

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

CDU 34
CDD 340

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



CORRESPONDÊNCIA

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

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

v. 18 n. 2 MAIO-AGO 2022

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

ANA PAULA CORRADINI, BÁRBARA PILOTO SINCERRE, JOSÉ IGNACIO COELHO MENDES NETO, JUAN GUTIERREZ, PAULA BRITO ARAÚJO, PAULA VERA-BUSTAMANTE E TEREZA GOUVEIA

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

ARTIGOS

CONTRATOS EM SISTEMAS INTEGRADOS DE PRODUÇÃO AGROPECUÁRIA

CONTRACTS IN INTEGRATED CROP-LIVESTOCK SYSTEMS

MARCIA SILVA STANTON : **e2214**

ANÁLISE DA TRAJETÓRIA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): INSULAMENTO OU PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO?

ANALYSIS OF THE TRAJECTORY OF BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT (STF) MINISTERS: INSULATION OR COALITION PRESIDENCIALISM

THEÓFILO CODEÇO MACHADO RODRIGUES : **e2215**

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA RAÇA E DA ORIGEM ÉTNICA NO CONTEXTO EUROPEU, EM ESPECIAL NA RELAÇÃO LABORAL

PROHIBITION OF DISCRIMINATION ON GROUNDS OF RACE AND ETHNIC ORIGIN IN THE EUROPEAN CONTEXT, IN PARTICULAR IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

SUSANA SOUSA MACHADO : **e2216**

CONTRATOS DE GESTÃO NO SUS: POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

MANAGEMENT CONTRACTS IN SUS: POSSIBILITIES FOR THE RIGHT TO HEALTH EFFETIVATION

ANA CAROLINA NAVARRETE MUNHOZ FERNANDES DA CUNHA E FERNANDO MUSSA ABUJAMRA AITH : **e2217**

A DIVULGAÇÃO DE PRÁTICAS CORPORATIVAS VOLTADAS PARA A INCLUSÃO DA POPULAÇÃO LGBTI

THE DISCLOSURE OF CORPORATE PRACTICES AIMING AT THE INCLUSION OF THE LGBTI POPULATION

BEATRIZ DE ARAÚJO RÉGIO, RAFAEL VIEIRA DE ALENCAR E MARCELLE COLARES OLIVEIRA : **e2218**

DUAS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA E O DIREITO PRIVADO: RAWLS E FORST

TWO CONCEPTIONS OF JUSTICE AND PRIVATE LAW: RAWLS AND FORST

LEANDRO MARTINS ZANITELLI : **e2219**

DISCUTINDO O AFROEMPREENDEDORISMO: REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO A PARTIR DOS CASOS BRASILEIRO E COLOMBIANO

DISCUSSING BLACK ENTREPRENEURSHIP: ANALYSIS ON THE CONCEPT THROUGH COLOMBIAN AND BRAZILIAN CASES

DANIELA NUNES DE AMARTINE E MARCOS VINÍCIUS LUSTOSA QUEIROZ : **e2220**

UM ESTUDO EMPÍRICO DOS FATORES PREDITIVOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO

AN EMPIRICAL STUDY OF THE FACTORS THAT PREDICT SETTLEMENT

HUGO FREITAS REIS E FABIANO TEODORO LARA : **e2221**

AUTOAFIRMAÇÃO RACIAL DE JOVENS NEGRAS NO PROJETO ABAETÊ CRIOLO:
CAMINHOS PARA A EQUIDADE DE GÊNERO E DE RAÇA EM CONTEXTOS
INTERSECCIONAIS A PARTIR DA LEI N. 10.639/2003

*RACIAL SELF-AFFIRMATION OF BLACK YOUNG PEOPLE FROM LAW N. 10.639/2003:
PATHWAYS TO GENDER AND RACE EQUITY IN INTERSECTIONAL CONTEXT*

DAVID BARBOSA DE OLIVEIRA E THALITA TERTO COSTA : **e2222**

O VOTO DO RELATOR VALE MAIS? ANCORAGEM EM JULGAMENTOS COLEGIADOS

IS THE FIRST OPINION MORE WORTHY? ANCHORING IN TRIALS BY A PANEL OF JUDGES

MÁRTIN BARCELLOS GAWSKI, PRISCILA GOERGEN BRUST-RENCK E EDUARDO SCARPARO : **e2223**

SOCIAL JUSTICE AS A PRINCIPLE OF SOCIAL SECURITY

JUSTIÇA SOCIAL COMO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA SOCIAL

OLHA KUCHMA : **e2224**

APLICACIONES DE RASTREO Y MONITOREO: DEL ENTUSIASMO TECNOLÓGICO
AL RECONOCIMIENTO DE LA AUTODETERMINACIÓN INFORMÁTICA

*TRACKING AND MONITORING APPLICATIONS: FROM TECHNOLOGICAL ENTHUSIASM
TO THE RECOGNITION OF INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION*

GUILLERMO RODRIGO CORREDOR CASTELLANO : **e2225**

TRADUÇÕES

O QUE É O PONTO DE VISTA INTERNO?

WHAT IS THE INTERNAL POINT OF VIEW?

SCOTT J. SHAPIRO

TRADUÇÃO: JOÃO HENRIQUE LUTTMER E BÁRBARA RONSONI DE OLIVEIRA

O CERNE DA POSIÇÃO CONTRÁRIA À REVISÃO JUDICIAL

THE CORE OF THE CASE AGAINST JUDICIAL REVIEW

JEREMY WALDRON

TRADUÇÃO: BRUNO DA CUNHA DE OLIVEIRA, DANIEL WEI LIANG WANG E JOSÉ GARCEZ GHIRARDI



Contratos em Sistemas Integrados de Produção Agropecuária

CONTRACTS IN INTEGRATED CROP-LIVESTOCK SYSTEMS

Marcia Silva Stanton¹

Resumo

Os Sistemas Integrados de Produção Agropecuária (SIPAs) têm-se expandido no Brasil devido aos seus benefícios econômicos, ambientais e sociais. Entretanto, apresentam diversos desafios decorrentes da integração de dois sistemas produtivos com distintos processos e infraestrutura. A união de esforços entre produtores é uma alternativa de extrema eficiência, mas requer um adequado regramento da relação jurídica. O presente artigo busca investigar como essa relação tem sido estabelecida para responder se a legislação tem acompanhado a evolução e a dinâmica desse modelo produtivo. A metodologia adotada na investigação foi baseada no estudo de caso, a partir de entrevistas com atores-chave que desenvolvem SIPA em sistema de parceria e arrendamento rural em propriedades localizadas no Rio Grande do Sul. Nessa investigação, verificou-se, por um lado, que o arcabouço jurídico existente fornece as ferramentas necessárias ao adequado regramento da relação contratual, embora algumas atualizações na legislação sejam recomendadas. Por outro lado, concluiu-se que há um desequilíbrio entre as partes no campo da capacitação e da tecnologia. Assim, sugere-se que esse desequilíbrio seja reduzido pela construção de políticas públicas específicas, pois o sucesso de um sistema integrado exige simetria não apenas jurídica, mas também de capital humano, financeiro e tecnológico.

Palavras-chave

Integração lavoura-pecuária; direito agrário; contratos; serviços ambientais; políticas públicas.

Abstract

Integrated Crop-Livestock Systems have expanded in Brazil due to its economic, environmental and social benefits. However, it has several challenges stemming from integrating two different agricultural systems with distinct processes and infrastructure. In this context, the cooperation between livestock producers and farmers, regulated in a legal agreement, is an efficient alternative, despite requiring careful arrangement. This investigation aims to investigate the creation of these settlements, seeking to find out whether the law has been keeping up with the constantly evolving dynamics of these integrated systems. The methodology was based on case studies, utilizing interviews with key actors in integrated crop-livestock systems located in farms in the state of Rio Grande do Sul, Brazil. It was seen that the existing legal framework provides the necessary tools for the well-functioning of these legal agreements, although some updates are recommended. On the other hand, it has been noted the presence of certain imbalances between parts in fields of technology and training. Since the success of an integrated system requires legal, human, financial, and technological symmetry, it is recommended that we build and enhance public policies, aiming to reduce the existing gap between producers' technological knowledge and practice.

Keywords

Integrated crop-livestock systems; Agricultural Law; contracts; environmental services; public policies.

INTRODUÇÃO

Os Sistemas Integrados de Produção Agropecuária (SIPAs), também conhecidos por “Integração Lavoura-Pecuária” (ILP) ou “Integração Lavoura-Pecuária-Floresta” (ILPF), são sistemas produtivos que integram diferentes sistemas agrícolas, pecuários e florestais em uma mesma área, em cultivo consorciado, sucessivo ou rotacionado, gerando benefícios econômicos, ambientais e sociais pela sinergia dos sistemas (BALBINO, BARCELLOS e STONE, 2011, p. 27; FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS, 2010, p. xi).

Embora a produção integrada seja tão antiga quanto a revolução agrícola neolítica, ela tem evoluído na medida da evolução do conhecimento humano (CARVALHO *et al.*, 2014, p. 1042). No Brasil, a utilização de formas de produção integrada entre lavoura e pecuária foi observada a partir do final do século XIX, mas o primeiro projeto de pesquisa de SIPA no subtropical brasileiro teve início em 1995, no Paraná, a partir de pesquisas de manejo conservacionista iniciadas na década de 1970, que permitiram compreender o solo como um sistema¹ (MORAES *et al.*, 2018, p. 17). No Brasil, segundo estudo encomendado pela Rede de Fomento ILPF e realizado pelo Kleffmann Group na safra 2015/2016, os sistemas integrados ocupavam onze milhões e quinhentos mil hectares, com destaque para o Mato Grosso do Sul, com 18% da área, seguido pelos estados do Mato Grosso e do Rio Grande do Sul, ambos com cerca de 13% da área (EMBRAPA, 2016). Cumpre ressaltar, entretanto, que os SIPAs existentes no Brasil são diferentes em sua concepção, em seus objetivos e em suas características, dada a diversidade edafoclimática, econômica, social e cultural existente no país (MORAES *et al.*, 2018, p. 33).

Em um contexto em que a sustentabilidade tem pautado a produção de alimentos seguros em crescente demanda, o SIPA é uma ferramenta muito importante no enfrentamento do dilema produção *versus* conservação em virtude de seus benefícios ambientais, sociais e econômicos (UFRGS, 2011, p. 9). A peculiaridade de um sistema integrado em relação a um sistema que visa, exclusivamente, à rotação ou à sucessão de culturas ou mesmo uma exploração mais eficiente do espaço consiste na intenção deliberada de explorar o sinergismo entre os componentes desse sistema, o que requer um criterioso planejamento (CARVALHO, 2014, p. 1043). Nesse aspecto reside o grande potencial dos sistemas integrados em produzir de maneira sustentável, mas, também, significativa complexidade.

Inobstante a grande virtude que esse sistema tem de viabilizar um aumento da produtividade de forma sustentável, o aspecto menos conhecido e estudado dessa política concerne à

...

1 Nesse contexto, sistema é entendido como o “conjunto de elementos interconectados, de modo a formar um todo organizado. A boa integração dos elementos componentes do sistema é chamada sinergia, determinando que as transformações ocorridas em uma das partes influenciarão todas as outras” (ANGHINONI *et al.*, 2018, p. 32).

relação jurídica entre os agentes de tal sistema.² Diante dessa lacuna, surge a indagação a respeito de como ocorrem as relações contratuais entre os agentes de um sistema integrado. Quais as motivações para contratar com outro produtor e quais os desafios a serem superados em uma relação de produção integrada? Quais os princípios, os elementos essenciais e os limites a serem observados? A legislação atende adequadamente às necessidades de um sistema integrado de produção? Quais as lacunas e os impactos que a contratualização deficiente pode trazer à relação? A ausência de publicações jurídicas no assunto é um convite à discussão e justifica a elaboração do presente estudo.³

A metodologia de pesquisa foi baseada no método qualitativo, por meio do estudo de caso, tendo por unidades de análise três propriedades localizadas no Rio Grande do Sul que desenvolvem SIPA, duas delas reguladas por contratos agrários. A terceira propriedade pesquisada, embora desenvolva SIPA individualmente, foi considerada porque sua decisão de desenvolver a atividade sem um parceiro ou arrendatário confirma parte dos relatos das demais propriedades e auxilia no entendimento dos pontos sensíveis da relação. A pesquisa foi conduzida pela aplicação de questionários aos produtores rurais e complementada por entrevistas com atores-chave envolvidos com esse sistema de produção, sendo um profissional do setor privado que presta assistência técnica em SIPA, um pesquisador da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) e dois pesquisadores de universidades federais que se dedicam ao tema.

Diante da ausência de publicações específicas sobre esse tipo de relação contratual, foram utilizadas bibliografia de contratos agrários, pesquisa jurisprudencial sobre contratos agrários, artigos científicos, publicações técnicas e estudos de caso de SIPA. O presente artigo se divide em três seções; a primeira se dedica aos fundamentos teóricos e aos benefícios de um SIPA, a segunda enfrenta os seus desafios e a terceira aborda a análise dos contratos agrários. Ainda, na terceira seção há uma subseção que investiga as normas cogentes e as decisões jurisprudenciais aplicáveis aos contratos agrários diante das peculiaridades de um SIPA, buscando identificar adequação ou lacunas da legislação, finalizando-se o artigo com as conclusões obtidas.

• • •

- 2 Uma busca realizada no Google Acadêmico em agosto de 2019 com as expressões “contratos agrários”, “relações jurídicas” e “sistemas integrados de produção agropecuária ou ILPF” não identificou nenhum resultado.
- 3 Esta pesquisa foi realizada no ano de 2019, sob a orientação do professor Dr. Thiago Bernardino de Carvalho, e serviu de base à elaboração de monografia exigida como um dos pré-requisitos para a conclusão do curso MBA em Agronegócios EaD da Universidade de São Paulo (USP).

I. FUNDAMENTOS E BENEFÍCIOS DE UM SIPA

Em um SIPA, a produção é pensada e planejada de maneira sistêmica, buscando a utilização racional do solo, com vantagens para a lavoura e a pecuária (CARVALHO *et al.*, 2005, p. 36). Conforme já mencionado, o traço distintivo entre o SIPA e a mera rotação de culturas é a intenção deliberada de explorar os sinergismos entre os componentes do sistema. A diversificação da renda e a exploração mais eficiente do espaço são apontadas como grandes benefícios. Os SIPAs também são capazes de promover maior eficiência no uso de insumos (fertilizantes, agroquímicos ou corretivos de solo) e maior otimização dos recursos naturais (água, radiação solar, solo) quando comparados com os sistemas puramente agrícolas ou pecuários (MARTINS *et al.*, 2018, p. 65). No Sul do Brasil, o enfoque na aplicação dessa sistemática de produção tem sido a rotação, a diversificação e, principalmente, a possibilidade de utilização da terra nos períodos interlavouras, propiciando maior renda ao produtor (CARVALHO *et al.*, 2005, p. 8).

Muito embora os sistemas integrados possam apresentar diferentes arranjos – lavoura introduzida em área de pastagem; pastagem em área de lavoura; floresta em área de pastagem ou lavoura –, eles são desenvolvidos a partir de cinco fundamentos básicos: (i) correção da acidez e fertilidade do solo; (ii) uso de sistema de plantio direto; (iii) rotação de culturas; (iv) uso de genótipos de animais e vegetais melhorados; e (v) manejo correto da pastagem com pastejo intensivo (CARVALHO *et al.*, 2005, p. 40; BALBINOT JR. *et al.*, 2009, p. 1927-1928). A adoção desses fundamentos, em variados arranjos, proporciona diversos benefícios econômicos, sociais e ambientais.

Os benefícios atribuídos pela doutrina aos sistemas integrados foram confirmados por estudos de caso conduzidos no Sul do país para a realização do presente estudo.⁴ As vantagens econômicas foram a principal motivação relatada pelos produtores, que viram no sistema uma oportunidade de melhor aproveitamento da área e do capital disponíveis, em especial no período interlavouras de verão, e de diluição dos custos fixos, aumentando a sua rentabilidade. Essa percepção confere com o que aponta a literatura especializada em experimentos conduzidos no Sul, no Sudeste e no Centro-Oeste. Uma publicação de 2005 a respeito do estado da arte do SIPA desenvolvido no Sul do país já indicava o aumento da produtividade e da rentabilidade pela inclusão da pecuária no sistema de agricultura, e vice-versa (CARVALHO *et al.*,

...

4 As propriedades estão localizadas no Rio Grande do Sul, nos municípios de Tapes, Camaquã e Cachoeira do Sul. As propriedades localizadas em Tapes e Camaquã desenvolvem SIPA em sistema de parceria e arrendamento rural, respectivamente. Em Tapes, os parceiros estabeleceram um planejamento de SIPA por um período de três anos, integrando pecuária, soja e arroz. Na propriedade localizada em Camaquã, o proprietário da área desenvolve pecuária integrada à produção de arroz, que é explorada por um arrendatário, em um contrato de três anos. A propriedade situada em Cachoeira do Sul integra pecuária e lavoura de arroz utilizando força própria.

2005, p. 8). Estudo realizado em São José do Rio Preto/SP entre 2007 e 2010 concluiu que o sistema integrado obteve os melhores resultados econômicos em comparação com o sistema de pastagem intensiva ou lavoura, mostrando ser uma estratégia que, no conjunto, apresentou bons índices médios de produtividade animal e vegetal, que se refletiram em uma maior lucratividade (CHABARIBERY *et al.*, 2014, p. 24). Pesquisa publicada em 2014, a partir de experimento conduzido pela Embrapa Gado de Corte/MS, concluiu que a produtividade e a rentabilidade em um sistema integrado foram três vezes maiores para a pecuária de corte, e de 10% a 30% para as lavouras de grãos, em relação aos sistemas tradicionais de produção (KICHEL *et al.*, 2014, p. 94).

Outra motivação importante relatada pelos produtores pecuaristas que participaram dos estudos de caso foi a possibilidade de compartilhar o capital financeiro, intelectual e humano com o parceiro agricultor, otimizando os recursos que cada um detinha. De fato, a doutrina refere que os SIPAs permitem a racionalização e um melhor aproveitamento de pessoal, estrutura e solo no período interlavouras de verão (CARVALHO *et al.*, 2005, p. 7). No caso da propriedade localizada em Tapes,⁵ o parceiro pecuarista relata que a parceria lhe permitiu aproveitar as sinergias do sistema sem investir o que seria necessário para implantação de uma lavoura. Também afirma que a possibilidade de aumento da rentabilidade e a confiança no manejo adotado pelos parceiros foram as principais motivações para o compartilhamento da área, abandonando a divisão puramente temporal de utilização do espaço. A possibilidade de diversificação da produção e a redução da vulnerabilidade econômica dos produtores pela dependência de um único produto, e sua oscilação de preços, são apontadas como um dos grandes benefícios econômicos do sistema (OLIVEIRA *et al.*, 2018, p. 252). Ao mesmo tempo, também se percebe que a diversificação, a melhoria da renda do produtor e o estímulo à qualificação profissional exigida em sistemas integrados proporcionam inegáveis benefícios sociais (BALBINO *et al.*, 2011, p. iv).

Por fim, um melhor controle de pragas e invasoras, inobstante a redução no uso de agroquímicos, também foi referido pelos proprietários que participaram dos estudos de caso como uma grande vantagem na adoção do SIPA, não apenas pela redução de custos, mas, principalmente, pela melhoria da qualidade ambiental do solo. Tais benefícios ambientais condizem com o que apontam as pesquisas que veem no SIPA uma ferramenta muito importante para garantir a produção sem prejudicar a conservação (UFRGS, 2011, p. 9). Experimentos apontam que os SIPAs promovem a melhoria dos atributos físicos e químicos do solo, a redução de erosão, de pragas e doenças (CARVALHO *et al.*, 2005, p. 7); elevam a velocidade na ciclagem de nutrientes; promovem a melhoria da qualidade do solo (BALBINOT JR. *et al.*, 2009, p. 1927); reduzem a pressão para a abertura de novas áreas, tanto pela maior eficiência

...

5 *Vide* nota de rodapé 4.

no uso da terra quanto pela recuperação de áreas degradadas; e proporcionam a melhoria da qualidade e quantidade hídricas, da biodiversidade, da capacidade de biorremediação do solo, a redução e a mitigação de gases de efeito estufa, bem como a criação de paisagens naturais que possam favorecer o agroturismo (KICHEL *et al.*, 2014, p. 96).

Por sua capacidade de promover maior grau de eficiência dos insumos e otimização dos recursos naturais, que se traduz em melhorias econômicas, sociais e ambientais, os SIPAs desenvolvem papel-chave na busca da sustentabilidade. Prova desse protagonismo é o fato de que a Lei n. 12.805, de 29 de abril de 2013, que institui a Política Nacional de Integração Lavoura-Pecuária-Floresta, contempla os aspectos econômico, social e ambiental desse sistema produtivo no conceito de ILPF, introduzido no art. 1º, § 1º, dessa lei, que também traz objetivos, princípios, conceitos e atribuições do Poder Público.

2. DESAFIOS DE UM SIPA

O abandono do sistema tradicional para um sistema integrado apresenta inúmeros desafios: maior complexidade do sistema produtivo e decorrente do emprego de novas tecnologias; profunda mudança de paradigma; exigência de maior qualificação dos produtores, gestores, técnicos, colaboradores, de assistência técnica com visão sistêmica; e necessidade de maior investimento financeiro (KICHEL *et al.*, 2014, p. 98).

Diversos estudos apontam que os sistemas que envolvem a interação solo-planta-animal são mais complexos do que os sistemas que envolvem somente a interação solo-planta (BALBINO *et al.*, 2011, p. vi; KICHEL *et al.*, 2014, p. 98). Nos estudos de caso, foi dito que a iniciativa para a adoção desse sistema produtivo partiu do proprietário da terra, e tanto o parceiro outorgado quanto o arrendatário foram convencidos dos seus benefícios pela observação dos resultados no campo, embora não compreendam perfeitamente todos os seus fundamentos. Como exemplo disso, na propriedade localizada em Tapes/RS relatou-se que o parceiro, por vezes, utiliza uma quantidade maior do que seria necessário de fertilizantes, e ainda não se convenceu da eficácia da adubação de sistema.⁶ Na propriedade localizada em Camaquã/RS referiu-se que vem vencendo, aos poucos, o receio do arrendatário de compactação do solo pela atividade pecuária.⁷ Na propriedade localizada em Cachoeira do Sul/RS mencionou-se que tem sido um grande desafio aprender e aplicar

...

⁶ Adubação de sistema é uma técnica por meio da qual se faz a aplicação dos nutrientes na fase de implantação da pastagem, que são ciclados e retornam ao sistema, de maneira concentrada, via fezes dos animais (UFRGS, 2011, p. 39).

⁷ A possibilidade de haver compactação do solo pelo pisoteio de animais é a principal preocupação dos agricultores em um SIPA (BALBINOT JR. *et al.*, 2009, p. 1928).

as descobertas da pesquisa de SIPA em terras baixas, pela dificuldade de fazer a correta drenagem do solo.

Além da maior complexidade, os produtores normalmente têm sua experiência focada em apenas uma atividade ou cultura e desconhecem a outra atividade que irão integrar em seu sistema produtivo, seja ele agricultura, seja pecuária (CARVALHO *et al.*, 2005, p. 38). Por essa razão, na propriedade em Tapes/RS foi mencionado que a experiência do parceiro em agricultura foi um grande atrativo na adoção do SIPA em uma relação de parceria rural. Já na propriedade de Cachoeira do Sul/RS, o seu domínio do processo produtivo na atividade pecuária e na lavoura de arroz foi a razão para o desenvolvimento do SIPA individualmente, sem a presença de um parceiro, pois isso aumentaria o desafio.

A partir de mudanças nos processos tecnológicos, o modelo de produção da atividade agropecuária baseou-se na especialização dos sistemas produtivos, ocorrendo um desacoplamento entre a agricultura e a pecuária, outrora integradas (MORAES *et al.*, 2018, p. 13). A agricultura foi então pautada pela tecnologia de insumos, distanciada dos processos naturais e dos serviços ecossistêmicos⁸ (CARVALHO, 2018, p. 20). O SIPA, ao reconectar as atividades e adotar premissas que se utilizam e potencializam os processos dos ecossistemas, quebrou esse paradigma, e nesse aspecto reside um de seus maiores desafios. Evoluindo de uma simples “adubação via dejetos” para uma atividade que tem dimensão ambiental, econômica e social, o SIPA vem, continuamente, incorporando os avanços conceituais produzidos pela vanguarda científica, mudando o modelo de agricultura intensiva e especializada (MORAES *et al.*, 2018, p. 13-14). Contudo, se existem diversas publicações apontando os resultados obtidos na adoção de um SIPA, poucos são os estudos para o desenvolvimento de modelos que permitam compreender os processos que geram esses resultados (MARTINS *et al.*, 2018, p. 65).

No SIPA, os resultados dependem da fiel execução de um projeto planejado, orçado e implantado de forma sistêmica, buscando aproveitar a sinergia de seus componentes, o que traz ínsito o conceito de colaboração. Quando conduzido por duas ou mais partes, como no caso da parceria ou do arrendamento rural, o desafio é ainda maior. Como defende Carvalho (2020), “erros de manejo têm muito mais alcance em sistemas integrados, pois eles se transferem aos cultivos em sucessão”. A colaboração também implica uma mudança de paradigma de uma relação até então pautada pela visão de curto prazo, na qual cada uma das partes busca o maior benefício próprio sem pensar no sistema como um todo (DENARDIN, MARTINS e CARLOS, 2018, p. 153).

...

⁸ As interações entre os componentes bióticos e abióticos de um ecossistema, por meio de processos ecológicos, proporcionam bens e serviços que satisfazem as necessidades humanas diretas e indiretas. Esses benefícios gerados pelos ecossistemas são denominados serviços ecossistêmicos (MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, 2003).

Os desafios decorrentes da maior complexidade e da mudança de paradigma são acrescidos de uma assistência técnica limitada, especialmente que detenha o conhecimento necessário em sistemas integrados (BARTH NETO *et al.*, 2018, p. 341-342; BEHLING *et al.*, 2018, p. 230). O problema nasce na formação dos profissionais no ensino superior e em escolas profissionalizantes, nas quais as estruturas curriculares geralmente não contêm o ensino de sistemas integrados.⁹ Em virtude de crises fiscais e decisões políticas, o serviço de extensão rural foi muito esvaziado ao longo dos últimos anos.¹⁰ Conforme relatado nos estudos de caso, a assistência técnica usualmente disponível busca sempre a máxima eficiência técnica, mas não a máxima eficiência econômica. Poucos são os técnicos com a formação necessária para integrarem os conhecimentos relativos às plantas e aos animais (CARVALHO *et al.*, 2005, p. 33).

Por fim, os SIPAs ainda enfrentam uma barreira econômica decorrente da necessidade de altos investimentos iniciais em infraestrutura para a implantação da atividade agrícola na qual só havia pecuária, ou na aquisição de animais para a inserção do componente animal no sistema agrícola (BALBINO *et al.*, 2011, p. viii; KICHEL *et al.*, 2014, p. 98). Dessa forma, além de uma profunda compreensão e colaboração dos envolvidos, os SIPAs exigem recursos financeiros suficientes para realizar todos os investimentos necessários. Entretanto, nem sempre os produtores têm esse alinhamento de conhecimento, de gestão e de fluxo de caixa. Como o sistema é planejado e executado de maneira integrada, a assimetria nos recursos humano e financeiro pode comprometer todo o sistema.

3. OS CONTRATOS AGRÁRIOS

Os contratos agrários formalizam um acordo de vontades que tem por finalidade regular o acesso do produtor à terra e à produção agropecuária, agroindustrial ou extrativista, regranando, portanto, o uso e a posse temporária da terra. Como os demais contratos, submetem-se às limitações decorrentes dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé contratual previstos nos arts. 421 e 422 do Código Civil brasileiro. Em virtude de sua relevante função social na produção de alimentos, e buscando atender a princípios de justiça social, a atividade agrária sofre uma limitação no direito de propriedade e na autonomia da vontade, sendo tais relações regradas por normas cogentes e específicas de direito agrário, contidas no art. 13 da Lei n. 4.947/1966.

...

⁹ Conforme entrevistas com os pesquisadores de universidades federais.

¹⁰ Os gastos federais com extensão rural tinham uma participação de 20,80% no total de gastos da União no quinquênio 1980 a 1984. No triênio 2014 a 2016, essa participação caiu para 1,98% (BACHA, 2018, p. 136).

A aplicação de um maior dirigismo aos contratos agrários decorre de paradigmas que foram consagrados no Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964), tendo por objetivo garantir a harmonia entre trabalhadores e proprietários de terras, bem como realizar a função social da propriedade, antes mesmo de esse comando ter sido erigido a princípio constitucional.¹¹ Importante lembrar que, na década de 1960, o Brasil enfrentava problemas de ordem social, política e econômica que justificavam uma profunda reforma, capaz de alterar a estrutura fundiária, garantir o acesso à terra e à produção, reduzir as desigualdades sociais e estimular uma maior produtividade. Essas reformas, em particular as atinentes à estrutura fundiária, foram introduzidas pelo Estatuto da Terra em 1964 e caracterizaram o chamado primeiro ciclo do agrarismo (GONÇALVES, 2018).¹²

Na ocasião, o Estatuto da Terra elencou, no art. 2º, § 1º, os requisitos que deveriam ser observados para que fosse atendida a função social da propriedade. No mesmo sentido, o art. 13, III e V, da Lei n. 4.947/1966 determinou que os contratos agrários deveriam conter, obrigatoriamente, cláusulas que assegurassem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica daqueles que exploram a terra. O Estatuto da Terra e seu Regulamento também cuidaram de garantir a proteção econômica e social do homem do campo e da atividade agrária, por meio de normas cogentes, limitando o preço e a forma de pagamento; estipulando prazos mínimos de duração, conforme a atividade desenvolvida; estabelecendo requisitos formais para a extinção dos contratos; direitos de preferência; e indenização pelas benfeitorias realizadas. Como bem salientou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.182.967/RS, os contratos agrários, apesar de sua natureza privada, sofrem repercussões de direito público que limitam a liberdade contratual em virtude da relevância da atividade e do protecionismo que se quer conferir ao homem do campo, ao meio ambiente e à função social da propriedade. Dessa forma, os direitos e as obrigações oriundos do contrato agrário se subordinariam à função social da propriedade, exercendo uma função econômica, social e ambiental.

De lá para cá, o Brasil passou por inúmeras transformações sociais, econômicas, políticas e tecnológicas. A produção agropecuária teve um salto exponencial de produtividade, a tecnologia passou a ser empregada de forma cada vez mais intensa, focada em insumos e ganhos de escala. O país se transformou em um dos maiores exportadores mundiais de produtos

...

11 A Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade, mas impõe como condicionante o atendimento de sua função social (art. 5º, XXIII) e determina que a ordem econômica deve observar o princípio da função social da propriedade (art. 170, III). Já o art. 186 elenca os requisitos que devem ser atendidos para que a propriedade rural atenda à sua função social.

12 Segundo Gonçalves (2018), novas questões relacionadas às cadeias produtivas, aos complexos agroindustriais e às demandas referentes ao agronegócio caracterizam o chamado *segundo ciclo* do agrarismo.

agrícolas, e o agronegócio se transformou na locomotiva da economia nacional. Ao mesmo tempo, esse modelo produtivo gerou a perda de diversidade biológica, a erosão e a redução da fertilidade dos solos, maior resistência a pragas e doenças, e provocou um acelerado processo de degradação ambiental (ANGHINONI *et al.*, 2018, p. 29). Por consequência, houve uma redução de produtividade e aumento dos custos, no mesmo momento em que a preocupação com o meio ambiente entrou de forma consistente na agenda global (ANGHINONI *et al.*, 2018, p. 31; MORAES *et al.*, 2018, p. 13). Nesse contexto, o SIPA adquire extrema relevância ante a sua capacidade de intensificar e diversificar a produção, ao mesmo tempo que conserva os recursos naturais. Conforme visto, esse sistema representa uma mudança no sistema produtivo até então vigente, trazendo novas situações e desafios que devem ser enfrentados pelo direito, sendo o contrato agrário um de seus institutos.

Ao disciplinarem o uso e a posse temporária da terra, os contratos agrários dividem-se em contratos típicos e atípicos. Por contratos típicos se entendem os contratos nominalmente listados no art. 92 do Estatuto da Terra, quais sejam, os contratos de arrendamento e parceria rural. Também são considerados típicos os contratos de integração vertical disciplinados na Lei n. 13.288/1916. Por contratos atípicos se entendem os contratos não listados nominalmente no Estatuto da Terra, aos quais se aplicam as mesmas regras da parceria e do arrendamento rural, conforme dispõe o art. 39 do Decreto n. 59.566/1966. As modalidades contratuais utilizadas pelos produtores objeto dos estudos de caso foram o contrato de arrendamento e parceria rural, razão pela qual serão essas modalidades examinadas em maiores detalhes.

3.1. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO E PARCERIA RURAL NOS SIPAS

De conformidade com o que dispõe o art. 3º do Decreto n. 59.566/1966, o contrato de arrendamento rural assegura, por tempo determinado ou não, o uso e gozo do imóvel rural, ou de partes deste, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias ou facilidades, para a exploração da atividade agrária, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da lei.

O contrato de parceria rural também assegura o uso e gozo do imóvel, ou de partes deste, por tempo determinado ou não, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias ou facilidades, para a exploração de atividade agrária, mediante partilha dos riscos e dos frutos, na proporção que estipularem, observados os limites percentuais estabelecidos em lei (art. 96 da Lei n. 4.504/1964).

No tocante à forma, os contratos agrários são não solenes,¹³ podendo adotar a forma escrita ou verbal, e ser provados, inclusive, por prova testemunhal, conforme autoriza o

...

¹³ Contratos solenes são aqueles que exigem forma específica para a sua validade, como é o caso dos contratos translativos de direitos reais (art. 108 do Código Civil).

art. 92, *caput* e § 8º, da Lei n. 4.504/1964. Esses contratos têm por objeto o desenvolvimento de atividade agrária, assim entendida como a série de atos coordenados que tem por objetivo a produção de bens agropecuários de cunho econômico destinados ao consumo humano, podendo valer-se dos recursos, direta ou indiretamente, fornecidos pela natureza (SCAFF, 1997, p. 77). A Lei n. 8.171/1991, que trata da política agrícola, define no art. 1º, parágrafo único, a atividade agrícola como “a produção, o processamento e a comercialização dos produtos, subprodutos e derivados, serviços e insumos agrícolas, pecuários, pesqueiros e florestais” (BRASIL, 1991).

Conforme já mencionado, os contratos agrários visam regular a relação jurídica daqueles que exercem atividade agrícola, pecuária, pesqueira ou florestal; a conjunção “ou” não introduz alternativa excludente. Tal possibilidade se alinha perfeitamente ao objeto de um SIPA, no qual o componente animal é inserido em um sistema agrícola ou vice-versa. Sobre a forma do contrato, se parceria ou arrendamento rural, importa mais o planejamento das atividades, com o aproveitamento das sinergias do sistema, do que a partilha dos frutos da produção pela conjugação de esforços, ou o aluguel da área produtiva. Esse planejamento deve considerar as três dimensões de um sistema integrado: a diversidade dos componentes, a temporalidade dos ciclos e a espacialização das interações (ANGHINONI *et al.*, 2018, p. 35). Inobstante, as partes têm flexibilidade para ajustar a relação que mais lhes convém, pois o decreto regulamentar do Estatuto da Terra prevê, em seu art. 6º, a possibilidade de coexistência de um contrato de arrendamento com outro de parceria, em um mesmo imóvel rural e entre as mesmas partes.

A diversidade dos componentes leva em consideração as diferentes alternativas de cultivo e suas funcionalidades, classificadas em plantas, animais herbívoros e componentes arbóreos. As plantas podem ser divididas em culturas comerciais de primavera/verão, outono/inverno e de cobertura, para agregar e proteger matéria orgânica e promover a ciclagem de nutrientes (ANGHINONI *et al.*, 2018, p. 33). A temporalidade dos ciclos considera a duração do sistema como um todo, a janela de cultivo e a respectiva safra, buscando obter efeitos interativos significativos. Essa sistemática busca um efeito total maior que o efeito de cada componente individual, quebrando o paradigma, até então existente, de obtenção da maior extração possível dos recursos no intervalo de tempo que caberia a cada um dos produtores, comprometendo a produtividade da safra subsequente (DENARDIN, MARTINS e CARLOS, 2018, p. 154). Por fim, a espacialização das interações afeta o grau de interações sinérgicas, a riqueza e a magnitude dos ciclos biogeoquímicos, provocando a resposta esperada das culturas aos insumos e ao manejo do solo (ANGHINONI *et al.*, 2018, p. 32).

A legislação agrária estabelece que as partes deverão estipular a modalidade de contrato, o tipo de exploração a que se destina o imóvel, bem como a descrição da gleba, benfeitorias, equipamentos, bens ou facilidades que integram o contrato. Sendo possível conciliar as atividades de pecuária e agricultura em uma mesma área, as partes são livres para assim pactuar, bem como para alterar ou substituir a área arrendada por outra equivalente no mesmo imóvel, conforme autoriza o art. 95, VII, do Estatuto da Terra. Em um SIPA, considerando

a diversidade de arranjos possíveis, bem como a dinâmica em que essas interações ocorrem, não seria vantajoso detalhar no corpo do contrato as glebas e os prazos em que ocorre cada uma das atividades, sendo mais adequado que o contrato remeta ao planejamento técnico produtivo que passará a ser parte integrante dele, pois qualquer alteração nas práticas ou nos prazos ajustados poderá caracterizar mudança na destinação do imóvel ou infração de suas cláusulas contratuais, hipóteses sujeitas ao despejo previsto no art. 32, V e IX, do decreto regulamentar. Nas relações contratuais objeto dos estudos de caso, não existe a fixação rígida de prazos de entrada e saída da lavoura de verão. Na propriedade localizada em Camaquã/RS, devido às técnicas implantadas, foi possível estender a época de pastoreio além do período previsto inicialmente, com ganho de peso do gado, sem comprometer a lavoura subsequente.

O legislador impôs prazos mínimos que variam conforme o tipo de exploração agrária, prorrogáveis até que seja ultimada a colheita, sendo irrenunciáveis pelas partes (REsp 1.339.432/MS). Nos contratos de arrendamento para cultivo de lavoura temporária ou de pecuária de pequeno porte, e em todos os casos de parceria, o prazo mínimo será de três anos. Se o objeto do contrato for o cultivo de lavoura permanente, pecuária de grande porte ou extração de matéria-prima de origem animal, o prazo mínimo do contrato de arrendamento será de cinco anos. Caso o contrato seja celebrado para exploração florestal, o prazo mínimo será de sete anos. A pesquisa em SIPA recomenda que os arranjos sejam planejados por um período mínimo de três anos (OLIVEIRA *et al.*, 2018, p. 242), o que se coaduna com os prazos mínimos previstos na legislação agrária. Convém destacar que, na hipótese de ser celebrado um único contrato de arrendamento para a exploração de atividades diferentes, na mesma área, com diferentes prazos mínimos, *v. g.*, pecuária de grande porte e lavoura de soja, há de ser adotado o maior prazo fixado em lei, ou seja, de cinco anos. Ademais, no estudo de caso da propriedade de Tapes/RS foi relatado que os resultados de um SIPA somente serão visíveis depois que a área estiver com o solo corrigido e com as ervas daninhas controladas, o que demanda um tempo de adaptação. Segundo o produtor, há de se ter paciência para o sistema amadurecer e, juntos, parceiro outorgante e outorgado, construir um ambiente que possa aproveitar todos os benefícios de um SIPA, o que resulta em uma relação de longo prazo.

O preço ajustado nos contratos de arrendamento, pelo uso e gozo do imóvel, deve ser estipulado em quantia fixa de dinheiro, não podendo ser superior a 15% do valor cadastral do imóvel, incluídas as benfeitorias que entrarem no contrato, ou a 30% no caso de o arrendamento recair em parte do imóvel com exploração intensiva de alta rentabilidade, conforme determina o art. 95, XII, do Estatuto da Terra. O decreto regulamentar, ao disciplinar a matéria no art. 18, parágrafo único, reforça ser vedada a fixação do preço de arrendamento em quantidade fixa de frutos ou produtos, sendo nula a cláusula que fixa o preço em produtos, conforme já decidiu o STJ (REsp 1.266.975/MG).

Nos contratos de parceria, ao contrário do arrendamento, é acordada a partilha dos frutos e dos riscos, com limites máximos de participação para o proprietário da terra, conforme a

natureza da atividade e a sua contribuição na parceria. Assim, o parceiro outorgante terá direito à participação nos frutos no limite de 20% quando concorrer somente com a terra nua, podendo chegar a 75% em zona de pecuária ultraextensiva, segundo as condições estipuladas no art. 96, VI, *f*, da Lei n. 4.504/1964. Nesse intervalo, os percentuais variam conforme a situação concreta estipulada nas alíneas do art. 96, podendo as partes fixar uma cota adicional de 10% do valor das benfeitorias ou dos bens postos à disposição do parceiro sempre que o caso concreto não se inserir perfeitamente nas hipóteses legais listadas.

Em um SIPA, não se verifica a alegada hipossuficiência daquele que produz na terra que justifique um protecionismo estatal na fixação do preço. A dinâmica de arranjos produtivos e a gama de benefícios diretos e indiretos proporcionados por um SIPA não se coadunam com tal limitação na autonomia da vontade. Os benefícios indiretos proporcionados por um SIPA serão mais bem examinados nos parágrafos seguintes mas enquanto não formos capazes de medir e quantificar tais benefícios, dificilmente teremos parâmetros objetivos para uma delimitação adequada do preço.

O contrato poderá, ainda, prever o arrendamento de outros bens, benfeitorias ou facilidades, o que é bastante comum em arranjos de SIPA, nos quais os recursos são compartilhados. A questão interessante a indagar é se os benefícios proporcionados por um SIPA, tais como o aumento de nutrientes e de matéria orgânica ao solo, a redução da necessidade de uso de defensivos ou o aumento da capacidade de infiltração de água no solo, poderiam ser considerados serviços ambientais.

A doutrina denomina serviços ambientais as iniciativas humanas que favorecem, direta ou indiretamente, a provisão de serviços ecossistêmicos.¹⁴ Desse modo, as práticas de manejo que resultem na recuperação de pastagens degradadas, no aumento da fertilidade dos solos, na redução da erosão, no aumento da capacidade de infiltração e da capacidade de drenagem, ou na eliminação e no controle de ervas daninhas, caracterizam-se como serviços ambientais porque decorrem de ações antrópicas que protegem, recuperam ou incrementam os serviços prestados por aquele determinado ecossistema. Tais serviços são caracterizados como atividade agrícola, pois a Lei n. 8.171/1991, na parte conceitual contida no art. 2º, I, esclarece que “a atividade agrícola compreende *processos físicos, químicos e biológicos*, onde os recursos naturais envolvidos devem ser utilizados e gerenciados, subordinando-se às normas e princípios de interesse público, de forma que seja cumprida a função social e econômica da propriedade” (BRASIL, 1991, grifos nossos).

Dessa maneira, resta claro que a atividade agrária compreende a produção de bens e serviços de uso direto e indireto. Trentini (2012, p. 44), analisando os diversos produtos

...

14 *Vide* nota de rodapé 8 contendo a definição de serviços ecossistêmicos.

e serviços derivados do ciclo biológico, destaca a multifuncionalidade da atividade agrária pelo reconhecimento de que a atividade propicia, além dos produtos alimentares tradicionais, também valores culturais, históricos, ambientais e paisagísticos próprios do mundo rural. Esses serviços são valorados e remunerados por parte de quem deles se beneficia? São cobrados por quem os provê? Em regra, não. Muito embora os estudos em SIPA sejam capazes de quantificar o aumento dos atributos biológicos, químicos e físicos do solo (ASSMANN *et al.*, 2018), os estudos de caso demonstraram que tais benefícios não são medidos, valorados ou remunerados em contrato. O mais próximo que se tem de uma valoração é o preço ajustado no contrato do estudo de caso da propriedade situada em Camaquã, no qual o arrendatário paga um valor maior pelo talhão onde fará o plantio de arroz na resteva da soja, em virtude do esperado aumento da produtividade da lavoura de arroz pela lavoura de soja precedente.

Interessa aqui questionar se a provisão desses serviços ambientais, por parte de quem adota as práticas que resultem na melhoria das condições biogeoquímicas do ambiente produtivo, poderia ser regulada como forma de pagamento pelo arrendamento ou pela parceria rural. Como a legislação agrária exige a fixação do preço em dinheiro, não se admite essa possibilidade, podendo, entretanto, tais benefícios ser considerados na fixação do preço. O mais provável é que sejam entendidos como benfeitorias, conforme a seguir será demonstrado.

O Código Civil classifica as benfeitorias em necessárias, úteis e voluptuárias (art. 96), conferindo ao possuidor de boa-fé o direito à indenização e retenção pelas úteis e necessárias (art. 1.219). O decreto regulamentador do Estatuto da Terra, seguindo a mesma linha da lei civil, conceitua as benfeitorias voluptuárias como aquelas de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do imóvel rural, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. As benfeitorias úteis são conceituadas como aquelas que aumentam ou facilitam o uso do imóvel rural, e as necessárias, como aquelas que têm por fim conservar o imóvel rural ou evitar que ele se deteriore, ou que decorram do cumprimento das normas estabelecidas no regulamento para a conservação dos recursos naturais (art. 24, I a III, do Decreto n. 59.566/1966).

Nas locações urbanas, a lei confere ao possuidor de boa-fé o direito de indenização e de retenção pelas benfeitorias necessárias, assim como pelas úteis, desde que estas sejam autorizadas pelo locador, podendo as partes renunciar a esse direito. Nos contratos agrários, ao contrário da locação urbana, há a obrigatoriedade de indenização pelas benfeitorias úteis ou necessárias, podendo o arrendatário¹⁵ reter o imóvel, prorrogando-se o contrato até a sua indenização, conforme prevê o art. 25, § 1º, do Decreto n. 59.566/1966. Quanto às voluptuárias,

...

15 Esse entendimento é extensível ao parceiro outorgado pela remissão que o Regulamento ao Estatuto da Terra faz ao art. 516 do Código Civil anterior, cuja redação foi repetida no art. 1.219 do Código atual, que prevê o direito de indenização ao possuidor de boa-fé.

somente haverá o direito de retenção ante autorização ou previsão expressa no contrato. É nula a cláusula que prevê a renúncia ao direito de indenização das benfeitorias úteis e necessárias, conforme o que dispõem os arts. 95, VIII, e 96, V, e, do Estatuto da Terra, c/c o art. 13, VI, do decreto regulamentar e art. 13, IV, da Lei n. 4.947/1966. Quando levada a questão ao exame do STJ no REsp 1.182.967/RS, o Tribunal confirmou ser nula a cláusula de renúncia à indenização por benfeitorias úteis e necessárias nos contratos agrários, em virtude da proteção jurídica atribuída àqueles que tornam a terra produtiva, conferindo efetividade à função social da propriedade.

Sob essa ótica, se os serviços ambientais forem classificados como benfeitorias úteis e forem providos pelo proprietário da terra, poderão ser considerados para efeito de estipulação do preço. O próprio Regulamento disciplina a questão no art. 25, § 2º, ao afirmar que, quando feitas às expensas do arrendador, não serão indenizáveis ao final do contrato, tendo ele direito a uma elevação proporcional da renda, salvo estipulação em contrário. Se esses serviços forem providos por quem explora a terra, deverão ser indenizados e autorizam o direito de retenção previsto no art. 25, § 1º, sendo nula a cláusula que afasta tal direito. No caso da parceria, conforme já mencionado, caberá o mesmo direito ao parceiro outorgado, como possuidor de boa-fé, salvo se o contrato estipular de maneira diversa.

Cabe aqui perquirir quais os critérios objetivos para a fixação da indenização do arrendatário, já que é sua obrigação legal realizar as benfeitorias úteis e necessárias, salvo convenção em contrário, de acordo com o disposto no art. 41, IV, do Decreto n. 59.566/1966. Ademais, havendo a conjugação de esforços que resulte no incremento dos serviços ecossistêmicos, como é comum em sistemas integrados, como proceder a essa divisão entre eles? Conforme já referido, enquanto não avançarmos na metodologia de identificação, medição e valoração dos serviços ambientais prestados pelos sistemas agrários, dificilmente teremos parâmetros objetivos de valoração e divisão entre as partes. Nos contratos agrários, é comum o regimento de benfeitorias de infraestrutura construída ou relacionadas a projetos de engenharia, também conhecidas como infraestrutura cinza,¹⁶ mas são pouco usuais aquelas relacionadas à

...

16 A legislação que trata do Imposto Territorial Rural classifica como benfeitorias úteis e necessárias casas de moradia, galpões para armazenamento da produção, banheiros para gado, valas, silos, currais, açudes, estradas internas e de acesso e quaisquer edificações para instalações destinadas ao armazenamento, ao beneficiamento ou à transformação da produção, a atividades educacionais, recreativas ou de assistência à saúde dos trabalhadores rurais. Incluem-se no conceito de construções, instalações e benfeitorias prédios, depósitos, galpões, casas de trabalhadores, estábulos, currais, mangueiras, aviários, pocilgas e outras instalações para abrigo ou tratamento de animais, terreiros e similares para secagem de produtos agrícolas, eletricidade rural, colocação de água subterrânea, abastecimento ou distribuição de águas, barragens, represas, tanques, cercas e, ainda, as benfeitorias não relacionadas com a atividade rural (arts. 17 e 32, § 2º, do Decreto n. 4.382, de 19 de setembro de 2002).

infraestrutura natural que fornece os serviços ecossistêmicos. Diante dessa lacuna, é recomendável que as partes, no planejamento e na elaboração do projeto técnico do SIPA, identifiquem, mensurem e quantifiquem as práticas que resultem em melhorias no uso do imóvel, o que inclui não apenas a conservação, pois esta é obrigatória, como também o aumento dos serviços ecossistêmicos providos por aquele ambiente. Esse cuidado possibilita o estabelecimento de um preço justo e minimiza a discussão quanto à indenização pelas benfeitorias.

Na extinção dos contratos agrários, há de se distinguir as hipóteses de cumprimento do contrato, resolução e denúncia. Em relação ao cumprimento do contrato pelo decurso do prazo, a questão que se apresenta é quanto ao direito de renovação. O Estatuto da Terra, no art. 95, IV, confere um benefício ao arrendatário, outorgando-lhe o direito de preferência na renovação do contrato, em igualdade de condições com terceiros. Portanto, não havendo proposta de terceiros ou a intenção de retomada para uso próprio ou de descendente, notificada ao arrendatário no prazo e na forma da lei, o contrato se renova automaticamente por igual período. Prorrogado o contrato, o arrendatário, e somente ele, poderá desistir da locação desde que comunique sua intenção ao arrendador, via cartório de títulos e documentos, no prazo de trinta dias da renovação, como prevê o art. 95, IV, segunda parte, do Estatuto da Terra. Esse benefício é uma das diversas hipóteses da legislação agrária que buscam a proteção social e econômica do arrendatário e o uso produtivo da terra. No caso da parceria rural, findo o prazo contratual, e não desejando o proprietário explorar a terra por conta própria, o parceiro outorgado terá direito de preferência, em igualdade de condições com terceiro, para firmar novo contrato de parceria, conforme art. 96, II, do Estatuto da Terra, não havendo falar em renovação automática. Nas situações que envolvem um SIPA, os benefícios normalmente são obtidos no médio e longo prazos, o que justifica o estímulo à sua renovação. A preferência, no entanto, não decorre da alegada hipossuficiência de quem não é o proprietário da terra, mas, sim, do exercício de atividade com enorme potencial de realização da função social da propriedade.

O Estatuto da Terra ainda estabeleceu, no art. 92, § 3º, o direito de preferência na aquisição do imóvel, em igualdade de condições com terceiros, em benefício do arrendatário, e não do parceiro outorgado,¹⁷ em virtude do interesse público na proteção do arrendatário que exerce relevante função de fornecer alimentos à população, conforme já declarou o STJ no julgamento do REsp 1.277.085/AL. Esse direito de preferência possui natureza real e decorre de imposição legal prevista no art. 92, § 4º, do Estatuto da Terra, desde que o arrendatário deposite o preço no prazo legal. Em 2016, essa regra foi afastada pelo STJ no julgamento do REsp 1.447.082/TO, movido por agroindústria arrendatária, alegando seu

...

17 Nada impede que as partes estabeleçam o direito de preferência na parceria, mas, nessa hipótese, este será convencional e não legal, como é no arrendamento.

direito de preferência na aquisição de imóvel alienado a terceiro. Entendeu o tribunal que a agroindústria, na qualidade de empresa de grande porte, não goza da presunção de hipossuficiência que justifica a proteção legal imposta pelo art. 92, § 3º, do Estatuto da Terra. Destacou o colegiado que os benefícios previstos no Estatuto agrário seriam restritos àqueles que explorem atividade rural de forma direta e pessoal,¹⁸ fazendo uso eficiente e correto da terra, como decorrência do princípio da justiça social, que, somado ao princípio da função social da propriedade, fornecem as diretrizes de interpretação do microsistema que seria o Estatuto da Terra. Essa decisão foi objeto de embargos de divergência, por divergência de posicionamento com acórdão em sentido diverso, o que demonstra que o tema não é pacífico. Ao final, esses embargos foram julgados prejudicados por ter sido firmado acordo entre as partes, não havendo, portanto, uma orientação mais segura acerca do tema.

Conforme a doutrina tem defendido, os fatos sociais que justificaram a construção de um arcabouço jurídico de proteção do arrendatário e do parceiro outorgado, considerados vulneráveis na relação com o dono da terra, não mais se aplicam nos dias atuais (COELHO, 2018, p. 307). Na interpretação do STJ no REsp 1.447.082/TO, a proteção do Estatuto da Terra somente se aplicaria àquele que explora a terra de forma pessoal e direta, como típico homem da terra. Muito embora esse julgado seja criticado por atribuir maior valor à justiça social do que à função produtiva da propriedade (PARREIRA NETO, 2018), a realidade demonstra que os fatos sociais que justificaram esse protecionismo estatal não mais subsistem, e o Judiciário tem-se mostrado sensível a essa mudança (ZANETTE, 2019, p. 22). Os desafios atuais exigem a profissionalização cada vez maior do produtor rural, pelo emprego de tecnologia, capacitação e recursos financeiros. Nessas condições, não se pode mais atribuir àquele que explora a terra de forma empresarial a condição de vulnerabilidade em relação ao dono da terra.

Em um arranjo de SIPA, percebe-se de maneira muito evidente o equilíbrio de forças e recursos, pois esse sistema produtivo pressupõe a conjunção de esforços, no qual a simetria de capital financeiro, intelectual e tecnológico é fundamental. Tal interpretação poderia conduzir ao entendimento de que, nessa situação, com base no precedente jurisprudencial mencionado no parágrafo anterior, as normas de cunho protetivo seriam afastadas pela ausência de hipossuficiência entre as partes. Ocorre que os mesmos fundamentos utilizados no julgado – de uso eficiente e correto da terra e realização da função social da propriedade – autorizam, em alguns aspectos, a aplicação de regras mais protetivas à relação que envolve um SIPA. Por fim, na medida em que o SIPA atende a diversos dos objetivos da política agrícola e a legislação impõe a aplicação do Estatuto da Terra na promoção dessa política, encontramos fortes razões para a aplicabilidade de suas regras cogentes.

...

18 O art. 8º do Decreto n. 59.566/1966 conceitua exploração direta e pessoal.

Isso posto, se as regras jurídicas servem para assegurar a estabilidade das relações sociais, e os contratos agrários, ao regular o uso adequado da terra, atuam como instrumento para a realização da função social da propriedade rural, em seus aspectos econômicos, sociais e ambientais, percebe-se que os benefícios de um sistema integrado somente serão plenamente alcançados quando os agentes envolvidos regularem adequadamente a sua relação, adaptada ao contexto técnico-econômico que lhe é peculiar, com liberdade e segurança jurídica. Para tanto, a legislação deve acompanhar os fatos sociais, e os contratos devem ser interpretados de acordo com a realidade, respeitados os fundamentos e princípios do sistema jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

Os arranjos contratuais adotados para o desenvolvimento de um SIPA regulam a posse e o uso temporário do imóvel rural para a exploração da atividade agrária, na modalidade de parceria ou arrendamento rural, não estando, necessariamente, limitados aos contratos agrários típicos. A atividade desenvolvida no âmbito de um SIPA é atividade agrária que resulta não apenas em produtos agropecuários de consumo direto, mas também em uma série de serviços ambientais decorrentes dessa atividade agrária. Esses serviços não costumam ser medidos, valorados ou remunerados pelos contratantes, mas o seu enquadramento como benfeitorias úteis produz consequências jurídicas na fixação do preço, no direito de indenização e de retenção do imóvel, o que exige atenção na sua contratação.

Esses contratos agrários se submetem aos princípios que limitam o direito de propriedade e a autonomia da vontade, bem como estão sujeitos ao dirigismo estatal contido no Estatuto da Terra. Esse dirigismo não decorre da vulnerabilidade do homem que explora a terra, mas sim de seu potencial de realização da função social da propriedade em suas dimensões econômica, social e ambiental. O princípio da boa-fé contratual, que limita e orienta a interpretação dos contratos agrários, encontra um terreno fértil nos contratos de SIPA devido ao nível de colaboração exigido das partes. A busca e a proteção da função social da propriedade justificam o maior amparo jurídico que a lei estabelece quanto à fixação dos prazos, direito de renovação e de indenização pelas benfeitorias, mas a lei poderia ser atualizada para permitir a fixação do preço em produtos. Dessa forma, a legislação agrária atende às necessidades desse tipo de relação jurídica, ainda que seja recomendável uma atualização e interpretação dos contratos de modo a acompanhar a evolução dos fatos sociais e a dinâmica desse modelo de produção agropecuária.

Se no passado havia um desequilíbrio de forças em decorrência do domínio da terra, o desequilíbrio hoje se verifica no domínio da informação, da tecnologia e da capacitação nos processos de produção integrada. Por essa razão, entende-se que o sistema jurídico atual fornece as principais ferramentas para atender às necessidades e aos desafios do regramento contratual de um sistema integrado, mas precisamos avançar no campo das políticas públicas direcionadas para reduzir as desigualdades de capacitação e tecnologia apontadas e, assim,

estimular a adoção dessa prática produtiva. Dessa forma, estaremos capacitados para atender à demanda crescente por alimentos de forma segura e sustentável.

AGRADECIMENTOS

A autora agradece aos dedicados cientistas, pesquisadores, acadêmicos, consultores técnicos e produtores rurais que compartilharam seu imenso conhecimento e abriram as portas de suas propriedades para viabilizar a realização desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

ANGHINONI, Ibanor *et al.* Agricultura brasileira: dos primórdios aos sistemas integrados de produção agropecuária. In: SOUZA, Edicarlo Damascena *et al.* (org.). *Sistemas integrados de produção agropecuária no Brasil*. Tubarão, SC: Copiart, 2018. p. 29-38.

ASSMANN, Tangriani Simioni *et al.* (org.). *Sistemas integrados de produção agropecuária no Brasil*. Tubarão, SC: Copiart, 2018.

BACHA, Carlos José Caetano. *Economia e política agrícola no Brasil*. Campinas: Alínea, 2018.

BALBINO, Luiz Carlos; BARCELLOS, Alexandre de Oliveira; STONE, Luis Fernando. *Marco referencial: integração lavoura-pecuária-floresta*. Brasília: Embrapa, 2011. Disponível em: <https://www.alice.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/923530/1/balbino01.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

BALBINO, Luiz Carlos *et al.* Evolução tecnológica e arranjos produtivos de sistemas de integração lavoura-pecuária-floresta no Brasil. *Pesquisa Agropecuária Brasileira*, Brasília, v. 46, n. 10, p. i-xii, out. 2011. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/51887/1/46n10a00Prefacio.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

BALBINOT JR., Alvadi Antonio *et al.* Integração lavoura-pecuária: intensificação de uso de áreas agrícolas. *Ciência Rural*, Santa Maria, v. 39, n. 6, p. 1925-1933, set. 2009.

BARTH NETO, Armino *et al.* Extensão e transferência de tecnologia em sistemas integrados de produção agropecuária. In: SOUZA, Edicarlo Damascena *et al.* (org.). *Sistemas integrados de produção agropecuária no Brasil*. Tubarão, SC: Copiart, 2018. p. 331-342.

BRASIL. *Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991*. Dispõe sobre a política agrícola. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18171.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BEHLING, Maurel *et al.* Implantação de sistemas integrados de produção agropecuária em grandes propriedades rurais. In: SOUZA, Edicarlo Damascena *et al.* (org.). *Sistemas integrados de produção agropecuária no Brasil*. Tubarão, SC: Copiart, 2018. p. 229-238.

CARVALHO, Paulo César de Faccio. Como manejar a pastagem para produzir carne em integração lavoura-pecuária? *LinkedIn*, fev. 2020. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/paulo-c%C3%A9sar-de-faccio-carvalho-94629a28_como-manejar-a-pastagem-para-produzir-carne-activity-6636234443021438976-5Inp. Acesso em: 3 mar. 2020.

CARVALHO, Paulo César de Faccio. Reconnectando a natureza com a produção agrícola: a via da intensificação sustentável. In: CARMONA, Felipe de Campos *et al.* (org.). *Sistemas integrados de produção agropecuária em terras baixas: a integração lavoura-pecuária como o caminho da intensificação sustentável da lavoura arroseira*. Porto Alegre: UFRGS, 2018. p. 17-24.

CARVALHO, Paulo César de Faccio *et al.* Definições e terminologias para sistema integrado de produção agropecuária. *Revista Ciência Agronômica*, [s.l.], v. 45, n. 5, p. 1040-1046, 2014. Disponível em: <http://ccarevista.ufc.br/seer/index.php/ccarevista/article/view/3790>. Acesso em: 1º out. 2019.

CARVALHO, Paulo César de Faccio *et al.* O estado da arte em integração lavoura e pecuária. In: GOTTSCHALL, Carlos Santos; SILVA, Jamir Silva; RODRIGUES, Norma Centeno (org.). *Produção animal: mitos, pesquisa e adoção de tecnologia*. Canoas: Ulbra, 2005. p. 7-44.

CHABARIBERY, Denyse *et al.* Estudo econômico de implantação de sistemas de integração lavoura-pecuária na recria de bovinos de corte, São José do Rio Preto, Estado de São Paulo. *Informações Econômicas*, São Paulo, v. 44, n. 1, p. 12-31, jan./fev. 2014. Disponível em: <http://www.iea.agricultura.sp.gov.br/ftp/iea/publicacoes/ie/2014/tec2-0214.pdf>. Acesso em: 1º out. 2019.

COELHO, José Fernando Lutz. Contratos agrários e a função social da propriedade na Constituição de 1988. In: ANDERSON, Rogério de Oliveira *et al.* (org.). *O direito agrário nos trinta anos da Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor Darcy Walmor Zibetti*. Londrina: Thot Editora, 2018. p. 289-309.

DENARDIN, Luis Gustavo de Oliveira; MARTINS, Amanda Posselt; CARLOS, Filipe Selau. Novos desafios. In: CARMONA, Felipe de Campos *et al.* (org.). *Sistemas integrados de produção agropecuária em terras baixas: a integração lavoura-pecuária como o caminho da intensificação sustentável da lavoura arrozeira*. Porto Alegre: UFRGS, 2018. p. 153-158.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA). *ILPF em números*. 2016. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1064859/ilpf-em-numeros>. Acesso em: 20 mar. 2019.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *An International Consultation on Integrated Crop-Livestock Systems for Development: The Way Forward for Sustainable Production Intensification*. Rome: FAO, 2010. Disponível em: http://www.fao.org/fileadmin/templates/agphome/images/iclsd/documents/crop_livestock_proceedings.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

GONÇALVES, Albenir Querubini. Os ciclos do agrarismo e o direito agrário brasileiro. *Blog Direito Agrario.com*, set. 2018. Disponível em: <https://direitoagrario.com/os-ciclos-agrarismo-e-o-direito-agrario-brasileiro/>. Acesso em: 1º out. 2019.

KICHEL, Armino Neivo *et al.* Sistemas de integração lavoura-pecuária-floresta (ILPF): experiências no Brasil. *Boletim da Indústria Animal*, Nova Odessa, v. 71, n. 1, p. 94-105, 2014. Disponível em: <https://www.alice.cnptia.embrapa.br/alice/bitstream/doc/995520/1/APSistemas.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

MARTINS, Amanda Posselt *et al.* Melhorias ambientais proporcionadas pelos sistemas integrados de produção agropecuária. In: SOUZA, Edicarlo Damascena *et al.* (org.). *Sistemas integrados de produção agropecuária no Brasil*. Tubarão, SC: Copiart, 2018. p. 45-70.

MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. *Ecosystem and Human Well-Being: A Framework for Assessment*. Washington: Island Press, 2003.

MORAES, Aníbal de *et al.* Sistemas integrados de produção agropecuária: conceitos básicos e histórico no Brasil. In: SOUZA, Edicarlo Damascena *et al.* (org.). *Sistemas integrados de produção agropecuária no Brasil*. Tubarão, SC: Copiart, 2018. p. 13-28.

OLIVEIRA, Elir de *et al.* Estado da arte e estudos de caso em sistemas integrados de produção agropecuária no sul do Brasil. In: SOUZA, Edicarlo Damascena *et al.* (org.). *Sistemas integrados de produção agropecuária no Brasil*. Tubarão, SC: Copiart, 2018. p. 239-254.

PARREIRA NETO, Manoel Martins. O direito de preferência no arrendamento rural e a teoria geral do direito agrário contemporâneo. *Portal Âmbito Jurídico*, 1º abr. 2018. Disponível em: <https://>

ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/o-direito-de-preferencia-no-arrendamento-rural-e-a-teoria-geral-do-direito-agrario-contemporaneo/. Acesso em: 1º out. 2019.

SCAFF, Fernando. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TRENTINI, Flavia. *Teoria geral do direito agrário contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS). *Integração soja-bovinos de corte no Sul do Brasil*. Porto Alegre: UFRGS, 2011. Disponível em: <https://www.bibliotecaagpatea.org.br/zootecnia/bovinocultura/livros/INTEGRACAO%20SOJA%20BOVINOS%20DE%20CORTE%20NO%20SUL%20ODO%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2022.

ZANETTE, Antonio. *Contrato agrário: novos paradigmas do arrendamento e da parceria rural*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

STANTON, Marcia Silva. Contratos em Sistemas Integrados de Produção Agropecuária. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2214. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202214>

Marcia Silva Stanton

BACHAREL EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL (PUCRS). MESTRE EM DIREITO AMBIENTAL PELA PACE UNIVERSITY, ESTADOS UNIDOS. ESPECIALISTA EM DIREITO EMPRESARIAL PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS). MBA EM AGRONEGÓCIOS PELA ESCOLA SUPERIOR DE AGRICULTURA “LUIZ DE QUEIROZ” DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (ESALQ/USP).

marcia.s.stanton@gmail.com

Análise da trajetória dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF): insulamento ou presidencialismo de coalizão?

ANALYSIS OF THE TRAJECTORY OF BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT (STF) MINISTERS: INSULATION OR COALITION PRESIDENTIALISM

Theófilo Codeço Machado Rodrigues¹

Resumo

O processo político de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) ainda é pouco conhecido pela literatura especializada. Esse é um processo que obedece à lógica do presidencialismo de coalizão? Ou trata-se de um espaço próprio de insulamento burocrático? O presente artigo busca responder a essas questões. Além de matérias da imprensa, a principal fonte documental desta investigação consiste nos depoimentos colhidos pelo projeto *História oral do Supremo (1988-2013)*, da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO). O artigo está estruturado em três seções. A primeira observa os trâmites legais e políticos de um processo de indicação de ministro ao STF. A segunda está subdividida em subseções que abordam as trajetórias dos ministros indicados por cinco presidentes: Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e Michel Temer. A terceira seção relaciona os dados encontrados pela investigação com as literaturas que tratam das bases do presidencialismo de coalizão brasileiro e do “insulamento burocrático”. Conclui-se que as indicações de ministros ao STF não operam em uma única forma, mas sim em quatro articulações distintas: interna, barganha, simbólica e insulada. Essas indicações seguem por uma lógica própria, híbrida, simultaneamente política e técnica, e respondem às demandas da conjuntura.

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal (STF); presidencialismo de coalizão; insulamento burocrático; Poder Judiciário.

Abstract

The political process of nominating the ministers of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) is still little known by the specialized literature. Is this a process that follows the logic of coalition presidentialism? Or is it a space for bureaucratic insulation? This article seeks to answer these questions. In addition to press reports, the main documentary source of this investigation consists of testimonies collected by the FGV's Oral History project (1988-2013). The article is structured in three sections. The first observes the legal and political procedures of a process of appointing a minister to the STF. The second is subdivided into subsections that address the trajectories of the ministers appointed by five presidents: Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff and Michel Temer. The third section relates the data found by the investigation to the literature dealing with the bases of Brazilian coalition presidentialism and “bureaucratic isolation”. It is concluded that the indications of ministers to the STF do not operate in a single way, but in four different articulations: internal, bargain, symbolic and insulated. These indications follow their own, hybrid logic, simultaneously political and technical, and respond to the demands of the conjuncture.

Keywords

Brazilian Supreme Federal Court (STF); coalition presidentialism; bureaucratic insulation; Judiciary Power.

INTRODUÇÃO

No Brasil, assim como ocorre no cenário internacional, o sistema político no período pós-Constituição de 1988 ficou marcado pela emergência do protagonismo do Poder Judiciário. Pesquisas e mais pesquisas têm sido realizadas com o objetivo de compreender o significado estrutural de fenômenos como a judicialização da política, o ativismo judiciário e a expansão da *judicial review*, entre tantos outros (CASTRO, 1997; WERNECK VIANNA *et al.*, 1999; CITTADINO, 2004; POGREBINSCHI, 2011). Em paralelo, instituições como o Ministério Público Federal (MPF) e as Defensorias Públicas passaram a ser investigadas sob a lupa do institucionalismo (ARANTES, 1999; VIEIRA e RADOMYSLER, 2015; BUTA, GOMES e LIMA, 2020). É sob esse registro que surgem diversas investigações sobre o Supremo Tribunal Federal (STF). Muitas pesquisas comportamentais sobre como votam os membros do STF têm sido realizadas (ARGUELHES e RIBEIRO, 2015; SILVA, 2018; OLIVEIRA, 2019; SANTOS, 2020). Outra abordagem, mais próxima de uma sociologia das elites ou de uma sociologia do direito, debruça-se sobre o perfil da magistratura brasileira e os aspectos comuns nas trajetórias desses atores (WERNECK VIANNA *et al.*, 1997; ENGELMANN, 2006; SADEK, 2006; SANTOS e DA ROS, 2008; PERISSINOTTO, MEDEIROS e WOWK, 2008; DA ROS, 2012; FONTAINHA, JORGE e SATO, 2018). Há, no entanto, uma ausência nessa literatura sobre o Poder Judiciário. Pouco sabemos sobre a lógica da articulação política que permite que determinados atores cheguem em instituições como o STF ou, dito de outro modo, sobre o recrutamento dessas elites. Desvendar essa lógica foi o objetivo da presente pesquisa.

A questão geral que orientou esta investigação foi: “Quais são as características dos indivíduos indicados para o STF quanto à sua carreira e ao seu vínculo político?”. A dúvida aqui não é burocrática, mas sim política e se desenvolve em perguntas mais específicas. Há características em comum na forma como cada nome foi escolhido por cada presidente? Ou cada indicação responde a uma exigência particular e contingente da conjuntura? O recrutamento de um ministro é mais um recurso político do presidente da República na gestão do presidencialismo de coalizão? Ou, ao contrário, as indicações são operadas dentro da lógica do insulamento burocrático?

A principal fonte documental desta investigação consiste nos depoimentos colhidos pelo projeto *História oral do Supremo (1988-2013)*, da Escola de Direito do Rio de Janeiro

da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO), com participação do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea (CPDOC) e da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Esse projeto teve por objetivo criar um registro audiovisual e escrito da história do STF a partir de depoimentos de ministros aposentados e em atividade. Nas palavras de um de seus coordenadores, “o projeto se constitui como fonte inédita para historiadores, cientistas políticos, cientistas sociais, pesquisadores do direito e jornalistas, entre outros, interessados no passado e no presente do tribunal” (CANTISANO, 2019, p. 93). Com efeito, o conjunto de informações reunidas ali permite uma profunda análise comparada da trajetória dos ministros do STF, objeto da presente pesquisa. Por exemplo, Vieira *et al.* (2017) utilizaram essa fonte como suporte para a análise das indicações ao STF; entretanto, a preocupação dos autores está na crítica da ausência da participação popular nesse processo. O mesmo fez Jorge (2016), embora reconheça que certo elemento de participação social já esteja sendo assimilado pelo Senado durante as sabinas. Já Fontainha, Almeida e Maciel (2017), Fontainha, Santos e Oliveira (2017) e Fontainha, Nuñez e Otero (2017) partiram dessa mesma *História oral do Supremo*, entre outras fontes, para analisar perfis, trajetórias e deslocamentos territoriais das elites jurídicas que constituem o STF. Ao todo, há depoimentos de 21 ministros que foram indicados desde a época do governo de José Sarney. Há, contudo, algumas ausências. Ministros como Maurício Corrêa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber não participaram das entrevistas. Por essa razão, além da *História oral do Supremo*, foram recolhidas matérias da imprensa como fontes complementares.

O presente artigo está estruturado em três seções. A primeira observa os trâmites legais e políticos de um processo de indicação de ministro ao STF. A segunda está subdividida em subseções que abordam as trajetórias dos ministros indicados por cinco presidentes, quais sejam, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e Michel Temer, respectivamente. A terceira seção relaciona os dados encontrados pela investigação com as literaturas que tratam das bases do presidencialismo de coalizão brasileiro e do “insulamento burocrático”. Conclui-se que as indicações de ministros ao STF não operam em uma única forma, mas sim em quatro articulações distintas: interna, barganha, simbólica e insulada. Essas indicações seguem por uma lógica própria, híbrida, simultaneamente política e técnica, e respondem às demandas da conjuntura.

I. O PROCESSO DE INDICAÇÃO DE UM MINISTRO AO STF

Em linhas gerais, o processo de nomeação de um ministro no STF está regulado pelo art. 101 da Constituição de 1988. Esse artigo traz apenas duas exigências: em primeiro lugar, que o escolhido tenha mais de 35 e menos de 65 anos de idade, e notável saber jurídico e reputação ilibada; em segundo lugar, que seja nomeado pelo presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. No Senado, o processo passa por três

etapas: primeiro o presidente da República indica um nome ao Senado; em seguida, esse nome deve ser sabatinado pela Comissão de Constituição de Justiça (CCJ), que decide, por voto secreto, se o indicado possui notável saber jurídico ou não; por fim, caso tenha sido aprovado pela CCJ, o nome do indicado é levado ao plenário do Senado, onde precisa ser aprovado por maioria simples, ou seja, por pelo menos 41 dos 81 senadores.

Esse é o processo legal, burocrático. Mas, efetivamente, o que é necessário para que determinado nome chegue ao STF e não outro? Diríamos que há duas dimensões desse processo nos bastidores: uma de baixo para cima, e outra de cima para baixo. Segundo o ministro Ayres Britto, o processo de indicação e nomeação de um ministro do STF depende de pelo menos três instâncias: o reconhecimento acadêmico, o apoio institucional e a articulação política (FONTAINHA, MAFEI e ALMEIDA, 2017). Essas são condicionantes que dependem do próprio candidato, ou seja, que surgem de baixo para cima. Na prática, ao menos na maior parte das vezes, o que ocorre nos bastidores da política é uma verdadeira campanha promovida pelo candidato e por seus apoiadores para que o presidente da República seja convencido da indicação. Como, na peculiar expressão do ministro Luís Roberto Barroso em seu depoimento ao projeto de *História oral* da FGV, “jabuti não sobe em árvore”, há sempre intermediários que contribuem para essa campanha de baixo para cima.

Com efeito, o termo “campanha” é alvo de polêmicas. Fux é o mais explícito ao falar sobre a necessidade de uma campanha: “E não existe, não há possibilidade nenhuma, zero, de se chegar a um cargo desse sem apoio político. [...] E, através dos políticos, eles então levam o seu nome para o presidente, que escolhe. Então, isso é um ritual que todo mundo tem que passar” (FONTAINHA, VANNUCCHI e NUÑEZ, 2016, p. 69-71). Em oposição a Fux, o ministro Eros Grau é um severo crítico da ideia de campanha e considera que “quem faz campanha para ir para o Supremo perde a credibilidade de si próprio, porque ele, a partir desse momento, ele já não é independente. [...]. Então, eu acho que é inteiramente inconcebível. O sujeito perde completamente as condições de ser um juiz [...]” (FONTAINHA, MAFEI e ACCA, 2015, p. 60-61). Mais moderado, Barroso não diz ter feito campanha, embora reconheça como legítimo esse processo. “Eu não era propriamente um candidato no sentido de que eu me apresentasse, o que é perfeitamente legítimo, muita gente faz isso, as pessoas têm estilos diferentes”, defende Barroso (FONTAINHA, VANNUCCHI e SANTOS, 2016, p. 94). O ministro Teori Zavascki segue por linha semelhante: “Eu nunca fui de fazer campanha, não é que eu não quisesse, mas nunca fui assim de me colocar como candidato” (FONTAINHA, VIEIRA e SATO, 2017, p. 70). Já o ministro Carlos Ayres Britto, embora discorra sobre a importância de seus apoiadores, não se sente à vontade para utilizar o termo. “Não é campanha, porque não há campanha. A minha campanha... Campanha é inadequado, porque não houve campanha, campanha propriamente dita”, diz Ayres Britto em aparente ato falho no seu relato para a *História oral* da FGV (FONTAINHA, MAFEI e ALMEIDA, 2017, p. 83).

Em paralelo, há uma clara movimentação do presidente da República feita de cima para baixo. Como nenhum presidente quer passar pela situação constrangedora de ter sua indicação

rejeitada pelo Senado, há uma sondagem prévia sobre a opinião dos outros dois Poderes, Legislativo e Judiciário, sobre aquele nome. Se nessas sondagens o presidente da República perceber que o nome em avaliação não será aceito pelos demais Poderes, então o próprio presidente pode recuar na indicação (LEMOS e LLANOS, 2007). Críticos dessa tradição, Werneck Vianna *et al.* (1997, p. 45) apontam que no Brasil “se institucionalizou uma espécie de silêncio obsequioso nessa matéria, sendo da tradição do Senado, diante de uma omissão generalizada por parte da sociedade civil, referendar burocraticamente o nome apontado por vontade presidencial”. Esse processo é bem diferente daquele que ocorre nos Estados Unidos, onde “é intenso o debate público por ocasião da indicação dos seus membros, sendo frequente a recusa pelo Senado dos nomes propostos pelo Presidente da República, ou, ainda, diante do clamor público e da oposição política, a retirada da indicação” (WERNECKVIANNA *et al.*, 1997, p. 45). Pegoraro (2006) corrobora essa interpretação quando ressalta a importância de o Senado e de a sociedade civil valorizarem mais a sabatina. Sobre esse segundo aspecto, de cima para baixo, vale a pena acompanhar o registro feito pelo ministro Dias Toffoli:

Muito se diz que o Senado não rejeita nomes e que, historicamente, no Brasil, o Senado não tem o costume de rejeitar os nomes. É que aqui no Brasil, o que o presidente da República faz? Ele consulta o Senado antes, informalmente. [...] Então, por exemplo, se consultam os presidentes do Senado e da Câmara, o presidente do Supremo geralmente é ouvido. Pelo menos o presidente Lula, com quem eu trabalhei diretamente, seja na subchefia, seja na AGU, ele nunca nomeou, ou indicou, melhor dizendo, alguém ao Senado que ele já não soubesse que o nome ia passar e que era um nome bem-visto pelos três poderes. (FONTAINHA *et al.*, 2017, p. 109-110)

Compreendido esse processo burocrático e político que envolve as indicações ao STF, podemos agora observar como elas ocorreram na prática nos governos de Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e Michel Temer.

2. A TRAJETÓRIA DAS INDICAÇÕES AO STF

2.1. TRAJETÓRIA DO MINISTRO DO STF INDICADO POR ITAMAR FRANCO

Em fins de 1992, o presidente Fernando Collor de Mello renunciou ao seu mandato ao perceber a iminência da aprovação de seu impeachment no Senado. Em seu lugar, assumiu o vice, Itamar Franco. Uma das primeiras medidas de Itamar, em outubro de 1992, foi a nomeação do senador Maurício Corrêa como Ministro da Justiça. Líder do Partido Democrático Trabalhista (PDT) no Senado, Corrêa havia sido vice-presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito que culminou no impeachment de Collor e vice-presidente da CCJ. Sua nomeação no ministério derivava da amizade com Itamar, mas também da composição

inicial do PDT com o novo governo. Por criticar as privatizações empreendidas pelo governo, o PDT se afastou de Itamar, mas Corrêa preferiu permanecer no cargo. Assim, transferiu-se para o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) em 1993, partido que dava suporte ao governo federal. Com a aposentadoria do ministro Paulo Brossard, Itamar encontrou a chance de enviar seu amigo para a vaga no STF. Desse modo, Corrêa foi nomeado ministro do Supremo em dezembro de 1994, posto que ocupou até 2004.

2.2. TRAJETÓRIA DOS MINISTROS DO STF INDICADOS POR FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Primeiro presidente reeleito na Nova República, Fernando Henrique Cardoso, do PSDB, permaneceu no cargo de janeiro de 1995 até janeiro de 2003. Apesar dos oito anos de governo, o tucano teve a possibilidade de indicar apenas três ministros: Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

O primeiro deles, Nelson Jobim, era um ator claramente do mundo da política. Deputado federal pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) até 1994, Jobim foi nomeado como ministro da Justiça em janeiro de 1995. Não obstante o PMDB tivesse um candidato presidencial em 1994, Orestes Quéricia, Jobim não seguiu a orientação partidária e apoiou a campanha presidencial de Fernando Henrique. Sua infidelidade partidária foi retribuída com a indicação para o Ministério da Justiça (MJ), cargo em que permaneceu até abril de 1997, quando foi nomeado ministro do STF. Em seu depoimento, Jobim narra um fato curioso sobre esse processo:

Final do governo Itamar, aposentava-se o ministro... Eu não me recordo quem, alguém completava setenta anos, e o Fernando Henrique era candidato a presidente da República. Então, quando se iniciou, enfim, iniciou-se a aposentadoria desse ministro, eu fui conversar com o Fernando, dizendo que eu tinha interesse em, eventualmente, entrar para o Supremo. Aí, o Fernando me disse que o Itamar iria nomear o Maurício Corrêa para a substituição... [...] Aí, o Fernando [riso contido], que estava com um por cento de pesquisa, disse: “Mas eu vou ganhar a eleição, aí, lá adiante, a gente examina esse assunto”. [...] Terminada a eleição, o Fernando, via o Eduardo Jorge Caldas Pereira, manda me chamar, e eu vou. [...] E, aí, o Fernando me convida para ir para o Ministério da Justiça. (FONTAINHA *et al.*, 2015, p. 153)

Esse relato dá a entender que a nomeação de Jobim no MJ, em 1995, era, desde o princípio, considerada momentânea até que a nova vaga no STF surgisse, como prometera Fernando Henrique. Por um lado, sua indicação não deve ser compreendida somente como uma ferramenta de negociação entre o presidente e o PMDB; diferentemente disso, a principal razão foi de caráter pessoal, pela proximidade entre Jobim e Cardoso. Por outro lado, não há como negar que havia uma preocupação do presidente da República em manter o PMDB por perto,

e a pasta da Justiça é exemplar desse contexto. Não é trivial que o substituto de Jobim, entre 1997 e 1998, tenha sido o ex-governador de Goiás, Iris Rezende, outro importante quadro do PMDB. Em seguida, Rezende foi sucedido no ministério por Renan Calheiros, entre 1998 e 1999, e depois por José Gregori, entre 2000 e 2001, ambos também do PMDB. Gregori, aliás, foi o chefe de gabinete de Jobim no MJ, o que sugere a sua influência na pasta mesmo após a nomeação no STF.

A segunda indicação de Fernando Henrique Cardoso foi Ellen Gracie, a primeira mulher na história do STF, nomeada em dezembro de 2000. Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4) entre 1997 e 1999, a indicação foi marcada pelo simbolismo de ser a primeira mulher ministra do STF. Na época, a imprensa apontava que seu “padrinho” político junto ao presidente da República seria o ministro Nelson Jobim (PASCOWITCH, 2000). Além de ser uma candidatura simbólica, por ser a primeira mulher e por ter a forte indicação de Jobim, Gracie ainda se aproximava ideologicamente do programa do governo. Esse alinhamento programático se confirmou após a aposentadoria da ministra quando, em 2013, filiou-se ao PSDB.

O último nome indicado por Fernando Henrique Cardoso foi Gilmar Mendes, nomeado em junho de 2002. Com fortes vínculos no governo de Cardoso, Mendes foi assessor técnico do MJ entre 1995 e 1996, subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil entre 1996 e 2000 e Advogado-Geral da União entre 2000 e 2002. Assim como a ministra Gracie, Mendes também era próximo de Nelson Jobim e mantinha afinidade ideológica com a agenda do presidente da República. Aliás, Mendes pensava em se filiar ao PSDB do Mato Grosso para disputar as eleições de 2002, decisão que foi abortada com a indicação ao STF.

2.3. TRAJETÓRIA DOS MINISTROS DO STF INDICADOS POR LULA

Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT), tomou posse como presidente da República em janeiro de 2003 e permaneceu no cargo até dezembro de 2010, quando transferiu a faixa presidencial para uma sucessora de seu partido, Dilma Rousseff. Ao longo desse período de dois mandatos, Lula teve a oportunidade de indicar oito ministros ao STF, o maior número de indicações de um único presidente na Nova República. Entre eles estavam Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Carlos Alberto Menezes Direito e José Antonio Dias Toffoli.

No governo Lula, assim como já havia ocorrido no governo de Fernando Henrique Cardoso com a influência de Nelson Jobim, a opinião do titular do MJ foi determinante para a escolha de muitos dos indicados. No caso, três nomes ocuparam a pasta: Márcio Thomaz Bastos, Tarso Genro e Luiz Paulo Barreto. Contudo, o maior protagonismo no período foi o de Thomaz Bastos, cuja mediação foi decisiva para a indicação dos quatro primeiros nomes. Curioso que tenha sido assim. O ministro não era exatamente um quadro do partido do presidente; ao contrário, sua trajetória política sempre esteve mais próxima do centro do espectro político. Bastos, no entanto, conquistou um espaço de confiança política junto ao presidente, o que lhe assegurou

esse espaço privilegiado. Em 25 de junho de 2003, Lula indicou três nomes ao STF de uma só vez: Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. E os três foram selecionados, em graus diferenciados, por Bastos. Esse protagonismo do ministro da Justiça fica claro no depoimento de Cezar Peluso:

Quando apareceram as três vagas, as esperanças cresceram porque eram três possibilidades. E aí nós tínhamos o quê? O Márcio Thomaz Bastos no Ministério da Justiça. Quem era o candidato do Márcio Thomaz Bastos de São Paulo? [...] Saía no jornal, todo mundo sabia. E era verdade, o Márcio se empenhou profundamente para a minha nomeação, se empenhou profundamente. Eu tinha um outro adversário... Não era adversário. Um outro concorrente que era um juiz, que era apoiado por outros ministros do governo do PT. [...] E o Márcio Thomaz Bastos, isso que comentam, e que eu não acho que seja mentira, que seja impossível, que o Márcio teria dito: “Ou nomeia o Peluso ou eu peço demissão do ministério”. [...] Então tudo isso foi somando, mas parece que decisivo mesmo foi a participação do ministro Márcio Thomaz Bastos. (FONTAINHA, SILVA e ALMEIDA, 2015, p. 127-128)

Diferentemente de Peluso, que era identificado com o PSDB, partido de oposição ao governo Lula, Carlos Ayres Britto tinha em seu currículo a filiação ao PT. Jurista sergipano, o ministro já havia até mesmo concorrido pelo partido em uma disputa eleitoral. Ayres Britto, como já foi dito, acreditava ser necessário o apoio de três instâncias: a acadêmica, a institucional e a política. Isso fica claro em seu depoimento:

A academia de São Paulo bancou minha candidatura. [...] Mas tem o lado institucional: a OAB, universidades, institutos científicos, eu contei com um número altíssimo. Para você ter uma ideia, oito ex-presidentes da OAB se deslocaram fisicamente da sede da OAB para o Ministério da Justiça, para conversar com Márcio Thomaz Bastos, pedindo minha nomeação [...]. A OAB pesa. [...] Celso Bastos mesmo, como presidente do IBDC, mandou ofício para Lula; Michel Temer, como presidente do PMDB, mas um teórico do direito, mandou uma carta para Lula, que foi lida na Comissão de Constituição e Justiça por Aloízio Mercadante. Então, tive muito apoio. Mas faltava o apoio político propriamente dito, e eu tive de duas figuras centrais: Márcio Thomaz Bastos me apoiou bem, mas bem, era o ministro da Justiça, muito, e Marcelo Déda. (FONTAINHA, MAFEI e ALMEIDA, 2017, p. 81)

As duas referências políticas mencionadas, Thomaz Bastos e Marcelo Déda, fazem total sentido. Por um lado, já dissemos, ter o apoio do ministro da Justiça é fundamental. Por outro, ter o apoio político de alguém do mesmo partido do presidente também parece ser um elemento

determinante. E Déda, prefeito petista de Aracaju naquele momento, cumpriu esse papel ao assumir, inclusive, a coordenação política do processo.

O terceiro, o Procurador da República no Rio de Janeiro, Joaquim Barbosa, foi recomendado ao presidente por um amigo, o petista Frei Betto, mas sob a chancela de Thomaz Bastos. Assim como já havia ocorrido com a ministra Ellen Gracie no governo de Fernando Henrique Cardoso, o caráter simbólico da indicação de Barbosa pesou. Lula pretendia ser o responsável pela nomeação do primeiro ministro negro da história do STF e Barbosa cumpria esse requisito, ainda que não fosse exatamente próximo do campo petista. O próprio presidente Lula confirma que o caráter simbólico pesou na escolha de Barbosa: “Eu tinha vontade de indicar uma pessoa negra, indiquei o Joaquim [Barbosa] e não me arrependo”, diz Lula (CURRÍCULO..., 2020). Chega a ser no mínimo curiosa a forma como Frei Betto recomendou o nome de Barbosa. “Eu o conheci num aeroporto, era 2002. Conversamos e fiquei com seu cartão. Um dia, Marcio Thomaz Bastos entrou na minha sala perguntando se eu conhecia algum jurista negro, pois Lula gostaria de indicar para o STF. Entreguei o cartão”, diz Betto (VITÓRIA e BLANES, 2014).

O quarto indicado, Eros Grau, também contou com o apoio de Thomaz Bastos. Contudo, além de Bastos, Grau reconhece ter havido a influência de seu primo, o petista e então ministro da Educação Tarso Genro. Grau, em verdade, já havia tido seu nome cogitado durante o governo Fernando Henrique Cardoso. Em seu depoimento, o ministro afirma que seu amigo Nelson Jobim o havia comunicado de que, caso o próprio Jobim não fosse o indicado para o STF, em 1997, a escolha recairia sobre Grau. No entanto, como já vimos, Jobim foi indicado. Em 2003, Thomaz Bastos o teria sondado para constar entre as primeiras indicações de Lula, mas acabou prevalecendo o nome do já mencionado Cezar Peluso. Finalmente, em 2004, seu nome foi escolhido. Eis o depoimento de Grau sobre esse processo:

Quando o Lula ganha a eleição... Em 2002, congresso da OAB em Salvador, um amigo meu chamado Márcio Thomaz Bastos diz que quer falar comigo, quer falar comigo no quarto dele. Eu falei: “Qual é a sua, Márcio?!”. [risos] Ele já era... Estava nomeado já... Já sabia que seria o ministro da Justiça. Aí me disse o seguinte, que ele queria falar comigo porque... Que ele queria ser muito franco, que ia ser muito franco: que o Lula teria três vagas, três indicações, e que o Lula queria levar um professor de São Paulo, e que os nomes que tinham passado pela cabeça do Lula eram impraticáveis, porque seriam o Dalmo, o Celso Antônio e o Fábio Comparato, e os três já tinham mais de 65 anos, e que, então, o meu nome aparecera. [...] Bom, nessa ocasião, eu falei para o Márcio que eu não tinha condições. Eu não tinha condições por quê? Porque eu tinha um escritório e, embora eu desse parecer, tinha um bando de gente trabalhando em torno de mim e eu não podia largar essa gente de um momento para o outro. Então, o Márcio disse: “Bom, então, vamos fazer o seguinte, então, fica para o ano que vem”. “Bom, tudo bem. Ano que vem, se quiser voltar ao assunto, voltamos ao assunto.” [...] Bom, aí, no ano seguinte,

na Semana Santa, no ano seguinte, o Márcio me ligou e disse: “Olha, tem a vaga, pá-pá-pá, e já está escolhido”. [...] Então, eu fui para o Supremo. (FONTAINHA, MAFEI e ACCA, 2015, p. 58-60)

Apesar de ser primo de Tarso Genro, sua identificação maior sempre foi com o PSDB, e o ministro nunca fez questão de esconder isso. “A maioria das pessoas acha que pelo fato de o presidente Lula ter indicado a mim, ao Joaquim Barbosa e ao Cezar Peluso ao Supremo, nós seríamos ligados ao PT. Mas nenhum de nós é. Eu sempre fui ligado ao PSDB e minha origem lá atrás é sabida” (RODRIGUES, 2014), disse Eros para a imprensa em determinada ocasião.

O quinto nome indicado por Lula foi o de Ricardo Lewandowski, que tomou posse em março de 2006. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e professor da Universidade de São Paulo (USP), Lewandowski foi considerado por muitos uma escolha pessoal do próprio presidente Lula. Diferentemente dos quatro ministros anteriores, Lewandowski não foi uma recomendação de Thomaz Bastos, mas sim de petistas como o deputado Vicentinho (PT-SP) e o ministro do Trabalho, Luiz Marinho (BASILE, 2006).

Logo em seguida, em junho de 2006, veio a sexta e última indicação do primeiro mandato de Lula: a ministra Cármen Lúcia. Procuradora em Minas Gerais, Cármen Lúcia chegou a ser a procuradora-geral do estado entre 2001 e 2002, no mandato do governador Itamar Franco. O ex-governador e ex-presidente da República é, inclusive, apontado como o principal responsável pela indicação do nome da ministra para Lula. Sobre essa relação, é revelador o relato do prefeito de Juiz de Fora, Bruno Siqueira, do PMDB: “Ela era importante para o Itamar. Lembro do período em que ele ficou sem partido e que as negociações para ele ingressar no PMDB aconteciam no escritório da Cármen Lúcia” (AMENDOLA, 2017). Além de Itamar Franco, um dos apoiadores daquela indicação junto ao presidente Lula foi o então ministro do STF, Sepúlveda Pertence.

Em seu segundo mandato, Lula conseguiu indicar apenas dois nomes: Menezes Direito e Dias Toffoli. Conservador, ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) indicado por Fernando Henrique Cardoso em 1996, Menezes Direito foi nomeado no STF em setembro de 2007. Com trajetória política anterior ao mandato no STJ, Menezes Direito foi filiado ao PMDB. Talvez por essa razão seu nome tenha chegado ao presidente Lula por meio do também peemedebista Nelson Jobim, que naquela ocasião ocupava o ministério da Defesa (ALENCAR, 2007). Menezes Direito ficou pouco tempo no STF, tendo falecido em 2009, quando foi substituído por Dias Toffoli.

Dias Toffoli pode ser considerado uma indicação relativamente peculiar quando comparada com as demais. Seu vínculo com o PT e o governo de Lula foi orgânico, mais do que o de Ayres Britto, por exemplo. Em São Paulo, Toffoli foi assessor do deputado estadual petista Arlindo Chinaglia em 1994. Em seguida, assessor da liderança do PT na Câmara dos Deputados entre 1995 e 2000. Em 2001, assumiu como chefe de gabinete de Arlindo Chinaglia,

que era secretário na prefeitura de São Paulo, então sob o comando da prefeita petista Marta Suplicy. Com a posse de Lula no governo federal, Toffoli foi nomeado na subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, de janeiro de 2003 até junho de 2005, sob o comando do ministro José Dirceu. Nesse período, foi advogado das campanhas presidenciais do PT em 2002 e em 2006. No início do segundo governo Lula, em março de 2007, Toffoli assumiu a Advocacia-Geral da União (AGU), cargo que ocupou até 2009, quando foi indicado ao STF. Aqui, um registro merece ser feito. Em fevereiro de 2007, seu antigo chefe Arlindo Chinaglia assumiu a presidência da Câmara dos Deputados. O petista permaneceu na presidência da Câmara dos Deputados até 2009, ano em que Toffoli foi indicado para o STF. É intuitivo imaginar, portanto, que as indicações de Toffoli para a AGU e para o STF tenham sido uma iniciativa do próprio Chinaglia, embora o ministro não deixe isso claro em seu depoimento, mas também de José Dirceu. Aliás, Toffoli não menciona o contato de nenhum ministro do governo Lula em seu processo de indicação nem de nenhuma outra liderança política; cita apenas o chefe de gabinete, Gilberto Carvalho (FONTAINHA *et al.*, 2017, p. 108-109). Seja como for, o que fica claro é que Toffoli tinha abertura de diálogo direta com os principais dirigentes petistas, inclusive com o próprio presidente Lula. Curiosamente, quem melhor apresentou o contexto da indicação de Toffoli foi o ministro Luís Roberto Barroso, um de seus concorrentes na época. Ao comentar uma situação em que o Secretário de Assuntos Legislativos do MJ, Pedro Abramovay, o sondou sobre a possível indicação para aquela vaga de 2009, Barroso menciona o seguinte diálogo:

“Bom, é que existem alguns nomes: o ministro Dias Toffoli, que é advogado-geral da União, tem uma relação direta com o presidente, é o principal candidato; o presidente Sarney apoia o ministro Cesar Asfor Rocha; o ministro Nelson Jobim apoia o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Zavascki; e o ministro Tarso Genro apoia um advogado trabalhista aqui de Brasília, que é o Roberto Caldas, hoje juiz na Corte Interamericana de Direitos Humanos; e o quinto nome é o do senhor”, ele me falou. (FONTAINHA, VANNUCCHI e SANTOS, 2016, p. 91)

Interessante notar que nesse diálogo entre Barroso e Abramovay surgem os nomes de Tarso Genro e Nelson Jobim, já mencionados como importantes interlocutores no processo de escolha de ministros do STF. Também é citado o nome de Teori Zavascki, que seria indicado no governo seguinte, como veremos na subseção 2.4.

2.4. TRAJETÓRIA DOS MINISTROS DO STF INDICADOS POR DILMA ROUSSEFF

Sucessora de Lula, a também petista Dilma Rousseff teve a oportunidade de indicar cinco ministros ao STF: Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin.

O primeiro indicado por Rousseff, em março de 2011, foi o professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e ministro do STJ Luiz Fux. Ao contrário dos demais

ministros, Fux faz questão de reconhecer que sempre buscou a vaga no STF e que para isso fez campanha aberta com distribuição de currículos e conversas com lideranças políticas. No entanto, seu nome, que já aparecia em sondagens desde a época do governo Lula, por sugestão do prefeito de Nova Iguaçu-RJ, o petista Lindbergh Farias, ganhou força apenas no governo Dilma com o apoio do então governador do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, filiado ao PMDB. Aqui cabe registrar que Cabral era uma das principais vozes no PMDB em favor do apoio de seu partido ao governo federal. Além disso, mais do que nenhum outro ministro, Fux ressalta a questão federativa como um elemento importante em sua indicação. Sobre o apoio de Cabral, Fux diz: “Ele contribuiu porque o Supremo Tribunal Federal é um tribunal da federação. O ministro Carlos Alberto Direito, que Deus o tenha em bom lugar, tinha falecido e a vaga era do Rio. Então, estava tudo a favor” (FONTAINHA, VANNUCCHI e NUÑEZ, 2016, p. 72). Estes dois elementos – a questão federativa e ter o apoio de um importante governador de partido aliado do governo federal – certamente sugerem alguma dimensão de respeito à lógica do presidencialismo de coalizão.

Em dezembro de 2011, a indicada foi a ministra do Tribunal Superior do Trabalho (TST) Rosa Weber. A vaga em aberto era a da ministra Ellen Gracie, a primeira mulher ministra do STF. Assim, Dilma tinha como objetivo manter aquela cota feminina. Pelo menos cinco nomes surgiram como possíveis candidatas: a ministra do Superior Tribunal Militar (STM) Maria Elizabeth Rocha, com o apoio do ministro do STF Dias Toffoli e do ex-presidente do PT José Dirceu; Maria Thereza Moura, do STJ, que havia chegado ao posto com a ajuda do ex-ministro da Justiça Thomaz Bastos; Flávia Piovesan, que contava com o apoio do ministro da Justiça José Eduardo Cardozo; e a desembargadora baiana Neuza Maria Alves da Silva, que tinha o apoio do governador petista da Bahia Jaques Wagner. Com o apoio do governador do Rio Grande do Sul, Tarso Genro, e do ex-marido de Dilma Rousseff, Carlos Araújo, a escolhida foi Weber (GAMA, 2011). O fato inédito de todas as concorrentes serem mulheres confirma a percepção de que a questão de gênero foi fundamental para a escolha naquele momento. Ressalte-se, ainda, que todas as candidatas possuíam excelentes currículos: no caso de Weber, uma longa trajetória na magistratura do Trabalho, que teve início como juíza do Trabalho em 1976, passando como desembargadora pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, até ser indicada como ministra do TST em 2006.

O ministro do STJ, Teori Zavascki, que já havia tido o nome sondado em 2009 na vaga que acabou sendo de Toffoli, finalmente foi indicado em novembro de 2012. Tanto na imprensa quanto no já mencionado relato do ministro Barroso, Nelson Jobim aparecia como o principal padrinho de Teori. E o próprio Teori fez questão de mencionar o nome de Jobim por diversas vezes em seu depoimento para a *História oral* da FGV, a quem reconhece como “guru”, embora não o indique como o responsável por sua nomeação no STF, mas sim no STJ (FONTAINHA, VIEIRA e SATO, 2017).

Em junho de 2013, foi a vez do professor de Direito Constitucional da UERJ, Luís Roberto Barroso. Em seu testemunho, Barroso aponta dois nomes principais que contribuíram para

sua indicação: o secretário-geral da Casa Civil, Beto Vasconcelos, e o ex-deputado federal do PT, Sigmaringa Seixas. Nessa ocasião, o contato foi feito pelo então ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo. Com efeito, Barroso já havia sido sondado para a vaga em dois momentos anteriores, durante o governo Lula, mas sem apoios políticos. Primeiro em 2003, pelo então ministro Thomaz Bastos; depois, em 2009, na vaga que acabou com Toffoli.

Como jabuti não sobe em árvore, evidentemente alguém me ajudou. [...] Acho que duas pessoas me ajudaram, particularmente. Uma, uma pessoa que eu conhecia academicamente, também por participar de palestras e bancas e eventualmente... Era, na época, o secretário-geral da Casa Civil, Beto Vasconcelos, um rapaz jovem, brilhante, superdiscreto, provavelmente vocês não o conhecem, mas ele era e continua a ser uma pessoa que ajuda a máquina a funcionar, um menino diferenciado. [...] E a outra pessoa foi um sujeito que é meu amigo, há muito tempo, que é um ex-parlamentar aqui de Brasília, que é o Sigmaringa Seixas, que, por alguma razão, era ouvido também, mas eu sou amigo dele há muito tempo. (FONTAINHA, VANNUCCHI e SANTOS, 2016, p. 93-94)

Para Barroso, o fato de não ter vínculos políticos claros foi determinante para a sua escolha naquele momento. Vale lembrar que junho de 2013 foi o mês dos grandes protestos que abalaram o Brasil, com um forte caráter antipolítica. Diz Barroso: “E acho que, de certa forma, me ajudou, naquela conjuntura, não ter apoio político. [...] Eu acho que houve uma constelação de fatores que favoreceram alguém que não tivesse nenhuma vinculação com PT, nem com PSDB” (FONTAINHA, VANNUCCHI e SANTOS, 2016, p. 95). Segundo Barroso, os nomes que concorriam para a vaga naquele momento eram os de Heleno Torres, da USP, de Luiz Edson Fachin, da Universidade Federal do Paraná (UFPR), do ministro do STJ, Benedito Gonçalves, e de Eugenio Aragão, da Universidade de Brasília (UnB) (FONTAINHA, VANNUCCHI e SANTOS, 2016, p. 94).

Em junho de 2015, foi a vez de Luiz Edson Fachin ser o indicado por Rousseff. Realizada no contexto da Operação Lava Jato e da alta crise política que culminaria alguns meses depois na abertura do processo de impeachment da presidente da República, essa foi uma das indicações mais disputadas da Nova República. De acordo com a imprensa, além de Fachin, ao menos outros seis nomes surgiram naquele momento: o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Marcus Vinícius Furtado Coêlho, com o apoio do presidente do Senado, Renan Calheiros; o jurista Clèmerson Clève, com apoio dos ministros do STF Gilmar Mendes e Teori Zavascki; o tributarista Heleno Torres, com a preferência do ministro Lewandowski; e três ministros do STJ, Benedito Gonçalves, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell (AO MENOS..., 2015). Entretanto, a proximidade da Central Única dos Trabalhadores (CUT) e o apoio do ex-deputado federal Sigmaringa Seixas e da senadora petista Gleisi Hoffmann falaram mais alto e garantiram a indicação de Fachin (GALINDO, 2018). O que se percebe é que, se em 2013 a necessidade de ter um nome de fora da polarização

política era importante, como foi com a indicação de Barroso, em 2015, com o avanço da Operação Lava Jato, a preocupação do governo passou a ser a de ter um nome no STF mais próximo de sua agenda.

2.5. TRAJETÓRIA DO MINISTRO DO STF INDICADO POR MICHEL TEMER

Em 2016, o impeachment de Dilma Rousseff transformou Michel Temer do PMDB em presidente da República. E, em seu curto mandato de aproximadamente dois anos e meio, Temer teve a oportunidade de indicar um ministro ao STF: Alexandre de Moraes. Filiado ao PSDB, Moraes era Secretário de Segurança Pública em São Paulo no governo de Geraldo Alckmin durante o processo do impeachment. A partir do momento em que o PSDB passou a compor o governo de Temer, em maio de 2016, Moraes assumiu o MJ. Em pouco menos de um ano, em março de 2017, assumiu a vaga no STF que foi aberta com a morte de Teori Zavascki. Moraes foi considerado não apenas uma indicação do PSDB do governador Geraldo Alckmin, mas também do Partido Social Democrático (PSD) de Gilberto Kassab, seu colega no ministério. Recorde-se, entre 2007 e 2010 Moraes foi secretário municipal na gestão do então prefeito de São Paulo, Kassab. Curiosamente, há um paralelo entre a indicação de Moraes por Michel Temer e de Maurício Corrêa por Itamar Franco. Os dois ministros eram advogados filiados ao PSDB que assumiram o MJ em um governo do PMDB em que o presidente foi eleito como vice, mas assumiu a presidência após um processo de impeachment.

3. ENTRE O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E O INSULAMENTO BUROCRÁTICO

As trajetórias das indicações de ministros ao STF descritas até aqui nos ajudam a compreender os processos de articulações políticas operadas nos bastidores e que estão para além do processo burocrático e público. Contudo, uma questão ainda não foi respondida: há uma lógica em comum entre todas essas indicações que possa enquadrá-las como uma peça de engenharia institucional bem definida do sistema político brasileiro? A tese de Serrano (2015), por exemplo, embora tenha o mérito de apontar para a existência de diferentes racionalidades em torno da indicação de ministros, não aprofunda as diferentes lógicas políticas por trás dessas indicações.

Como a literatura especializada já demonstrou à exaustão, o sistema político brasileiro na Nova República opera sob a lógica do presidencialismo de coalizão (ABRANCHES, 1988). Esse presidencialismo de coalizão caracteriza-se por uma relação de forte diálogo entre os Poderes Executivo e Legislativo em favor da manutenção da governabilidade. Na medida em que o sistema proporcional de voto e o multipartidarismo não permitem que o presidente da República tenha no Congresso Nacional uma maioria formada única e exclusivamente por parlamentares de seu partido, a complexa construção de uma base legislativa aliada, formada por diferentes partidos, é exigida. De forma legítima, o presidente da República compartilha com partidos aliados recursos e espaços de poder em seu gabinete ministerial

em troca de apoio na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (SANTOS, 1997; AMORIM NETO, 2000).

Há, contudo, alguns espaços de poder que não são compartilhados como recursos de negociação do presidencialismo de coalizão. Nesses espaços, impera a lógica do insulamento burocrático, ou seja, áreas ditas “técnicas” são isoladas da influência política do Congresso, dos partidos aliados e das demandas populares, “em benefício de uma base mais técnica para a fixação de prioridades” (NUNES, 2010, p. 56). Por óbvio, isso não significa dizer que não haja política nos espaços insulados burocraticamente; o que ocorre é que a política ali implementada é a de um técnico capaz de levar adiante a política geral defendida pelo presidente da República. Com uma abordagem um pouco distinta, Evans (1993) define esses espaços como “bolsões de eficiência”. Em geral, entre esses espaços de insulamento burocrático ou “bolsões de eficiência” estão as áreas de políticas econômicas, como o Ministério da Fazenda e o Banco Central, as áreas de política externa, como o Itamaraty, e as áreas militares, como o ministério da Defesa, por exemplo (LOUREIRO e ABRUCIO, 1999; OLIVIERI, 2007; RAPOSO e KASAHARA, 2010). Por óbvio, esse insulamento é um tipo ideal que não está imune às pressões externas e aos contingenciamentos impostos pela conjuntura. “Na medida em que os ‘bolsões de eficiência’ estão cercados por um mar de normas clientelistas tradicionais, dependem de proteção pessoal dos presidentes”, sustenta Evans (1993, p. 141).

Nesse arcabouço conceitual, qual seria o lugar das indicações ao STF no Brasil? Essas indicações reproduzem a lógica do presidencialismo de coalizão? Ou, ao contrário, essas indicações estão insuladas burocraticamente e, assim, isoladas da dinâmica social e política? Na literatura especializada é difícil encontrar uma resposta precisa para essa questão. Ao avaliarem o Poder Judiciário nos países da América Ibérica, Werneck Vianna *et al.* (1997, p. 43) observam que o caso brasileiro, “no qual uma forte tradição de concursos públicos, diversamente do que ocorre nos demais países da região, gerou uma corporação insulada do ambiente externo”. Esse insulamento, no entanto, ocorre apenas na base da magistratura. Segundo os autores, “o insulamento da magistratura brasileira é, entretanto, parcial” e é “no vértice do sistema que a abertura ao ambiente externo tem a sua melhor expressão: os Ministros do Supremo Tribunal Federal são de nomeação política por parte do presidente da república, mediante prévia aprovação, pelo Senado, do nome indicado” (WERNECK VIANNA *et al.*, 1997, p. 43). Essa impressão encontra respaldo na opinião dos magistrados de primeira e segunda instâncias do Poder Judiciário. De acordo com Da Ros (2013, p. 55), “a origem político-partidária dos Ministros do STF, seja por suas carreiras prévias ou forma de investidura, contribuiria decisivamente para a carência de legitimidade do órgão junto à base da magistratura”.

Contudo, não dá para afirmar que apenas o fato de a nomeação ser política por parte do presidente da República seja o suficiente para atestar a parcialidade do insulamento. Ora, o presidente do Banco Central passa exatamente pelo mesmo processo dos ministros do STF

e nem por isso deixa de ser um caso de insulamento burocrático (RAPOSO e KASAHARA, 2010). Como bem observa Olivieri (2007, p. 150), “essa ‘blindagem’ ou insulamento expressa-se no fato de que os cargos de direção do Banco Central, ao contrário dos de outras instituições governamentais, têm ficado na ‘cota do Presidente’, ou seja, não entram nas negociações de cargos por apoio político dos partidos do Congresso”, ainda que, em última instância, a autora ressalte que essas indicações conjuguem técnica e política. Seria preciso, portanto, algo a mais para comprovarmos o não insulamento do STF.

Os primeiros trabalhos que buscaram enfrentar essa temática são recentes. Ao estudarem o padrão das nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF, Turner e Prado (2009) concluíram que, ao definir a composição do STF, o presidente da República pode influenciar em políticas públicas e em decisões de interesse dos Poderes Executivo e Legislativo. Ou seja, a principal preocupação do presidente da República não seria com a manutenção do presidencialismo de coalizão ou com a garantia de um STF insulado burocraticamente, mas sim com um STF promotor de políticas públicas que representassem seu programa político, mesmo após o fim de seu mandato. Arguelhes e Ribeiro (2010) discordam da argumentação de Turner e Prado (2009). Os autores entendem que a indicação pode servir tanto a fins políticos internos ao funcionamento do STF – a mencionada convergência entre as preferências do presidente da República e as decisões judiciais dos ministros indicados – quanto a fins políticos externos a essa instituição – barganha política e sinalização social. Dito de outro modo, os autores não acreditam que ter ministros que promovam sua agenda seja o único interesse do presidente da República em suas indicações. Estas operam, portanto, sob uma lógica de múltiplas determinações (ARGUELHES e RIBEIRO, 2010). No contexto brasileiro do presidencialismo de coalizão, “os fins políticos externos podem, em diversos momentos, ser mais importantes do que a simples maximização do alinhamento entre preferências políticas do presidente e decisões futuras do STF”, concluem Arguelhes e Ribeiro (2010, p. 120).

Embora sem aprofundar o argumento, Oliveira (2012) parece concordar com Arguelhes e Ribeiro (2010). Ao estudar a forma como os ministros agrupam-se entre si para decidir os casos no STF, a autora observou que o STF não é formado nem por onze ilhas isoladas, nem por um colegiado homogêneo, mas sim por uma “composição de coalizões temporárias e grupos exclusivos constantes (‘panelinhas’), constituídos de acordo com a nomeação presidencial” (OLIVEIRA, 2012, p. 139). Ela, no entanto, percebe certa heterogeneidade nas indicações do governo Lula, o que seria decorrente da “heterogeneidade de interesses da então aliança governista (coalizão formada no primeiro governo Lula). Segundo essa hipótese, as nomeações feitas por Lula podem ter sido menos homogêneas no sentido de atender a diferentes setores da coalizão” (OLIVEIRA, 2012, p. 144). Em outras palavras, a autora sugere que durante o governo Lula as indicações ao STF teriam obedecido à lógica do presidencialismo de coalizão. Ex-ministro da Justiça no governo Dilma, Eugênio Aragão reafirma essa hipótese da pressão política de aliados em torno das indicações:

Com toda sinceridade a direita não escolhe os ministros pelos critérios da esquerda. Não é republicana. Aparelha mesmo. A gente vê o Fernando Henrique Cardoso com o Gilmar Mendes, a Ellen Gracie, o Nelson Jobim. Ele sabia quem estava escolhendo. Não vai colocar lá um sujeito vacilão. [...] O PT e nossos governos não escolheram. A maioria das pessoas arrumava um padrinho. Era aquele que tinha entrada no governo para bancar um nome. Não foram escolhas estudadas estrategicamente. Não foram currículos submetidos a um conselho técnico, ou político. Foi o qu[ê]? Fulano que está pedindo para indicar beltrano. Faz pressão. E aí o presidente fica contra a parede, para atender aos conhecidos. [...] A exceção foi o Ricardo Lewando[w]ski, opção pessoal do presidente Lula. (ARAGÃO..., 2017)

O presidente Lula confirma que suas indicações não eram de caráter pessoal, mas sim realizadas a partir de uma longa consulta entre seus aliados políticos, ainda que ressalte a questão do currículo como algo determinante, diferentemente do que sugere Aragão: “Recebi indicações, currículos, de grupos de advogados, grupos de parlamentares, e eu juntava todo mundo, Ministério da Justiça, Casa Civil, Advocacia-Geral da União e às vezes consultava o pessoal nos estados pra saber quem é a pessoa, o passado, e indicava”, diz Lula (CURRÍCULO..., 2020).

Para examinarmos essa questão de forma mais precisa, vale a pena recuperarmos uma sistematização dos dados encontrados nas seções anteriores. O Quadro 1 sistematiza esses achados.

QUADRO 1 – CARACTERÍSTICAS DAS INDICAÇÕES AO STF (1994-2018)

| MINISTRO | PRESIDENTE | OBJETIVO | PADRINHOS | OCUPAÇÃO ANTERIOR |
|-----------------|------------|-----------|--------------------------------|---|
| MAURÍCIO CORRÊA | ITAMAR | INTERNO | ITAMAR | MINISTRO DA JUSTIÇA |
| NELSON JOBIM | FHC | INTERNO | FHC | MINISTRO DA JUSTIÇA |
| ELLEN GRACIE | FHC | SIMBÓLICO | NELSON JOBIM | TRF 4 |
| GILMAR MENDES | FHC | INTERNO | NELSON JOBIM | AGU |
| CEZAR PELUSO | LULA | INSULADO | THOMAZ BASTOS | TJ-SP |
| AYRES BRITTO | LULA | INTERNO | THOMAZ BASTOS; MARCELO DÉDA | ADVOGADO E UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE (UFS) |
| JOAQUIM BARBOSA | LULA | SIMBÓLICO | THOMAZ BASTOS; FREI BETTO | MPF E UERJ |

(continua)

| | | | | |
|----------------------|-------|-----------|--|---------------------|
| EROS GRAU | LULA | INSULADO | THOMAZ BASTOS; TARSO GENRO | ADVOGADO E USP |
| RICARDO LEWANDOWSKI | LULA | INTERNO | VICENTINHO; LUIZ MARINHO | TJ-SP E USP |
| CÁRMEN LÚCIA | LULA | BARGANHA | ITAMAR FRANCO; SEPÚLVEDA PERTENCE | PROCURADORA MG |
| MENEZES DIREITO | LULA | INSULADO | NELSON JOBIM | STJ |
| DIAS TOFFOLI | LULA | INTERNO | ARLINDO CHINAGLIA; JOSÉ DIRCEU | AGU |
| LUIZ FUX | DILMA | BARGANHA | SERGIO CABRAL | STJ |
| ROSA WEBER | DILMA | SIMBÓLICO | TARSO GENRO | TST |
| TEORI ZAVASCKI | DILMA | INTERNO | NELSON JOBIM | STJ |
| LUÍS ROBERTO BARROSO | DILMA | SIMBÓLICO | SIGMARINGA SEIXAS; BETO VASCONCELOS | ADVOGADO E UERJ |
| LUIZ EDSON FACHIN | DILMA | INTERNO | SIGMARINGA SEIXAS; GLEISI HOFFMANN | ADVOGADO E UFPR |
| ALEXANDRE DE MORAES | TEMER | BARGANHA | GERALDO ALCKMIN; GILBERTO KASSAB | MINISTRO DA JUSTIÇA |

Fonte: Elaboração própria.

Quando observamos as ocupações profissionais das dezoito indicações presidenciais ao STF avaliadas, quatro eram advogados e professores de direito, três ministros do STJ, três ministros da Justiça, dois ministros da AGU, dois desembargadores do TJ-SP, dois procuradores, uma ministra do TST e uma desembargadora do TRF 4.

Em relação aos “padrinhos políticos”, cinco tiveram a influência de Nelson Jobim – contando aqui a sua própria indicação –, quatro de Thomaz Bastos, dois de Sigmaringa Seixas e dois de Tarso Genro. Ou seja, entre os “padrinhos” mais influentes costumam estar atores que passaram pelo MJ ao longo de sua carreira. Também devem ser mencionados como “padrinhos” relevantes os governadores, o que pode sugerir que o caráter federativo, dimensão relevante do presidencialismo de coalizão, também tenha importância. Não é trivial que governadores de grandes estados constem como influências como Itamar Franco por Minas

Gerais, Sergio Cabral pelo Rio de Janeiro, Geraldo Alckmin por São Paulo e Tarso Genro pelo Rio Grande do Sul. Há ainda o caso de Marcelo Déda, padrinho de Ayres Britto, que era prefeito de Aracaju no momento da nomeação, mas que em seguida foi eleito governador de Sergipe.

Quanto ao objetivo das indicações, organizamos quatro categorias como tipos ideais: (i) o *interno* ocorre quando se espera do indicado certo comprometimento com a agenda do presidente da República; (ii) o *simbólico* representa uma sinalização para a sociedade; (iii) o *insulado* significa que o presidente quer passar a mensagem da existência de certo “republicanismo” ou “independência” de seu indicado; (iv) por fim, a *barganha* é entendida como um recurso mais óbvio de negociação do presidencialismo de coalizão. Na primeira categoria estão sete nomes: Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Lewandowski, Dias Toffoli, Teori Zavascki e Fachin. Entre os de objetivo *simbólico* estão Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Rosa Weber e Barroso. Esse simbolismo, em geral, está baseado em questões identitárias. Ellen Gracie, por exemplo, foi escolhida para ser a primeira mulher ministra do STF e Joaquim Barbosa o primeiro ministro negro (ARGUELHES e RIBEIRO, 2010). Para substituir Gracie era necessária uma mulher, e assim surgiu o nome de Rosa Weber, profissional com longa carreira na magistratura do Trabalho. Esse simbolismo, no entanto, também pode ter outras dimensões. Barroso, nomeado no contexto das Jornadas de Junho de 2013, foi o escolhido por ter o perfil independente e progressista identificado com as demandas dos protestos das ruas daquele período. Os ministros que podem ser considerados *insulados* foram Cezar Peluso, Eros Grau e Menezes Direito, três nomes indicados por Lula, mas que possuíam vínculos mais orgânicos com a oposição, em particular com o PSDB. Interessante notar que apenas o presidente Lula optou por essa lógica do insulamento burocrático entre suas indicações. Uma hipótese é a de que essa indicação *insulada* ocorra apenas em gestões de presidentes que busquem uma conciliação entre as forças políticas. Como aponta parte da literatura, essa característica da conciliação foi uma marca do governo Lula (SINGER, 2012). Por fim, três nomeações parecem ter seguido a lógica da barganha do presidencialismo de coalizão: Cármen Lúcia, Luiz Fux e Alexandre de Moraes. Os três foram indicados por governadores que compunham a base aliada do Executivo no Congresso Nacional.

Como sabemos, tipos ideais não existem plenamente na realidade concreta. Quando observamos cada caso, podemos encontrar áreas cinzentas de encontro entre uma categoria e outra. Por exemplo, o objetivo *simbólico* pode estar muito próximo do *insulado*. Contudo, identificar as duas categorias de forma diferenciada contribui melhor para a análise política. Além disso, há casos em que determinada indicação poderia representar dois objetivos distintos. É o caso de Ellen Gracie, indicação claramente *simbólica*, mas que também poderia ser considerada uma indicação *interna* do presidente Fernando Henrique Cardoso. Porém, o fato de ser a primeira mulher na história do STF, e sua indicação ter sido por essa razão, pesa a favor de seu enquadramento *simbólico*. Em síntese, todos os ministros indicados têm múltiplos atributos. Para a categorização nos quatro tipos ideais construídos, foi sublinhado

sempre aquele atributo que, de acordo com a *História oral do Supremo* ou com matérias da imprensa, demonstrou ser o mais importante para a indicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na literatura especializada mais recente, algumas pesquisas começaram a se debruçar sobre as trajetórias profissionais dos ministros do STF. Com um recorte ainda mais profundo, alguns autores observaram a trajetória político-partidária desses ministros (FONTAINHA, JORGE e SATO, 2018). Contudo, essas pesquisas não conectaram o tema das trajetórias pessoais dos ministros do STF com as distintas lógicas da articulação política por trás da indicação propriamente dita. Como vimos na seção 3, alguns poucos trabalhos deram pistas nessa direção (TÜRNER e PRADO, 2009; ARGUELHES e RIBEIRO, 2010; OLIVEIRA, 2012). Essas pistas não foram aprofundadas ainda. Esse foi o esforço do presente artigo.

O percurso apresentado até aqui demonstra que as indicações de ministros ao STF não operam sob uma única lógica. De acordo com as exigências contingentes da conjuntura política, o chefe do Poder Executivo pode optar por uma entre quatro lógicas de operação desse recrutamento: a *interna*, a *barganha*, a *simbólica* e a *insulada*. Se fosse possível estabelecer um *continuum* que vai da dependência política até uma autonomia plena, passando pelo presidencialismo de coalizão, poderíamos dizer que a indicação *interna* é a de maior dependência, seguida pela *barganha* e pela *simbólica*, até chegar à *insulada*. Claro, isso não significa dizer que após a indicação o ministro no STF mantenha uma prática relacionada à lógica que o levou até lá. Ao contrário, a literatura sugere forte autonomia e independência dos ministros no período mais recente (JALORETTO e MUELLER, 2011; ENGELMANN e BANDEIRA, 2017; SILVA, 2018; LIMA e NETO, 2019).

Uma primeira intuição derivada dos dados encontrados é a de que as indicações dos governos de centro-direita – Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso e Michel Temer – representaram recrutamentos mais dependentes com objetivos *interno* e de *barganha*, ao passo que os governos de centro-esquerda – Lula e Dilma Rousseff – abriram espaços para uma maior autonomia dos indicados com objetivos *simbólico* e *insulado*, ainda que também houvesse indicações *interna* e de *barganha*.

O presente artigo contribui com mais um passo na literatura sobre trajetórias de ministros do STF, porém ainda há muitas lacunas a serem preenchidas. A principal pergunta que fica é: se as indicações não obedecem a uma lógica única, mas sim às exigências da conjuntura política, quais são as características de cada conjuntura que demandam cada tipo de lógica? Por exemplo, crise e estabilidade política são variáveis que exigem um tipo específico de articulação ou não? Enfim, são dúvidas a que somente próximas pesquisas poderão responder.

AGRADECIMENTOS

O autor agradece à Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro pelo apoio financeiro à pesquisa.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-33, 1988.

ALENCAR, Kennedy. Lula vai convidar Carlos Alberto Direito para o STF. *Folha de S.Paulo*, 27 ago. 2007.

AMENDOLA, Gilberto. Para amigos, ministra não tem perfil político. *O Estado de S. Paulo*, Política, p. A6, 23 jan. 2017.

AMORIM NETO, Octavio. Gabinetes presidenciais, ciclos eleitorais e disciplina legislativa no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 479-519, 2000.

AO MENOS sete nomes estão na lista de cotados para vaga de Joaquim Barbosa no STF. *Estado de S. Paulo*, 4 abr. 2015.

ARAGÃO: STF teve omissão imprópria no golpe. *Notícias PB*, 23 out. 2017.

ARANTES, Rogerio Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, 1999.

ARGUELHES, Diego; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, 2015.

ARGUELHES Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 115-143, set./dez. 2010.

BASILE, Juliano. Lula indica desembargador do TJ paulista para vaga no Supremo. *Valor Econômico*, p. A2, 7 fev. 2006.

BUTA, Bernardo Oliveira; GOMES, Adalmir de Oliveira; LIMA, Carolina Menezes. Proposta de um índice de desempenho para a Defensoria Pública da União. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020.

CANTISANO, Pedro. O projeto “História Oral do Supremo” da FGV Direito Rio. *Revista Estudos Institucionais*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 92-103, jan./abr. 2019.

CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Alceu*, [s.l.], v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

CURRÍCULO não mostra caráter depois que indicado assume toga, diz Lula. *Conjur*, 10 fev. 2020.

DA ROS, Luciano. Difícil hierarquia: a avaliação do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados da base do Poder Judiciário no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 47-64, jun. 2013.

DA ROS, Luciano. Juízes profissionais? Padrões de carreira dos integrantes das Supremas Cortes de Brasil (1829-2008) e Estados Unidos (1789-2008). *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 41, p. 149-169, fev. 2012.

ENGELMANN, Fabiano. *Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia Veiga Vieira Mâncio. A construção da autonomia política do Judiciário na América Latina: um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, p. 903-936, dez. 2017.

EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. *Lua Nova*, São Paulo, n. 28-29, p. 107-157, abr. 1993.

FONTAINHA, Fernando de Castro; ALMEIDA, Fábio; MACIEL, Gabriela. Produzindo elites jurídicas: prêmios, comendas e distinções dos ministros do STF (1988-2013). *Cadernos Adenauer*, São Paulo, v. 18, p. 149-171, 2017.

FONTAINHA, Fernando de Castro; JORGE, Thiago Filippo Silva; SATO, Leonardo Seiichi Sasada. Os três poderes da elite jurídica: a trajetória político-partidária dos ministros do STF (1988-2013). *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 49, n. 2, p. 93-131, jul./out. 2018.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MAFEI, Rafael; ACCA, Thiago dos Santos. *História oral do Supremo (1988-2013)*: Eros Grau. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015. v. 10.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MAFEI, Rafael; ALMEIDA, Fábio Ferraz de (org.). *História oral do Supremo (1988-2013)*: Carlos Ayres Britto. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2017. v. 19.

FONTAINHA, Fernando de Castro; NUÑEZ, Izabel Saenger; OTERO, Verônica Beviláqua. O lugar das elites jurídicas: o deslocamento territorial dos ministros do STF (1988-2013). *Contemporânea. Revista de Sociologia da UFSCAR*, [s.l.], v. 7, n. 2, p. 341-364, jul./dez. 2017.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor; OLIVEIRA, Amanda. A elite jurídica e sua política: a trajetória jurídico-profissional dos ministros do STF (1988-2013). In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 98-123.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de (org.). *História oral do Supremo (1988-2013)*: Cezar Peluso. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2015. v. 4.

FONTAINHA, Fernando de Castro; VANNUCCHI, Marco Aurélio; NUÑEZ, Izabel Saenger. *História oral do Supremo (1988-2013)*: Luiz Fux. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2016. v. 12.

FONTAINHA, Fernando de Castro; VANNUCCHI, Marco Aurélio; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *História oral do Supremo (1988-2013)*: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2016. v. 11.

FONTAINHA, Fernando de Castro; VIEIRA, Oscar Vilhena; SATO, Leonardo Seiichi Sasada. *História oral do Supremo (1988-2013)*: Teori Zavascki. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2017. v. 16.

FONTAINHA, Fernando de Castro *et al.* *História oral do Supremo (1988-2013)*: Dias Toffoli. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2017. v. 21.

FONTAINHA, Fernando de Castro *et al.* (orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*: Nelson Jobim. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2015. v. 9.

GALINDO, Rogerio. “Madrinha” de Fachin, Gleisi se diz decepcionada com ministro no caso Lula. *Gazeta do Povo*, 2 jul. 2018.

- GAMA, Junia. Dilma indica Rosa Weber para Supremo. *Correio Braziliense*, 8 ago. 2011.
- JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O procedimento de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 170-187, jan./jun. 2011.
- JORGE, Álvaro Amaral de Palma de. *Supremo interesse: protagonismo político-regulatório e a evolução institucional do processo de seleção dos ministros do STF*. 2016. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.
- LEMOS, Leany Barreiro; LLANOS, Mariana. O Senado e as aprovações de autoridades: um estudo comparativo entre Argentina e Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s.l.], v. 22, n. 64, p. 115-138, jun. 2007.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago; NETO, José Mario Wanderley Gomes. Aparentamento da corte? uma análise atitudinal da relação entre indicação partidária e comportamento decisório no Supremo Tribunal Federal (STF). *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 19, n. 35, p. 109-125, set./dez. 2019.
- LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz. Política e burocracia no presidencialismo brasileiro: o papel do Ministério da Fazenda no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 41, p. 69-89, out. 1999.
- NUNES, Edson de Oliveira. *A gramática política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- OLIVEIRA, Cassio Santos Pinto de. *Entre poderes e políticas: o STF no presidencialismo e sua jurisdição*. 2019. 137 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, nov. 2012.
- OLIVIERI, Cecília. Política, burocracia e redes sociais: as nomeações para o alto escalão do Banco Central do Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 15, n. 29, p. 147-168, nov. 2007.
- PASCOWITCH, Joyce. Margarida. *Revista Época*, 22 jul. 2000.
- PEGORARO, Joana Cristina. *A política na Corte: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. 2006. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

PERISSINOTTO, Renato; MEDEIROS, Pedro Leonardo; WOWK, Rafael. Valores, socialização e comportamento: sugestões para uma sociologia da elite judiciária. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 151-165, jun. 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAPOSO, Eduardo de Vasconcelos; KASAHARA, Yuri. Instituições fortes, moeda estável e Banco Central do Brasil autônomo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 53, n. 4, p. 921-958, 2010.

RODRIGUES, Fernando. Eros Grau, ex-ministro do STF indicado por Lula, assina manifesto pró-Aécio. *UOL*, 20 out. 2014.

SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2006.

SANTOS, André Marenco dos; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1829-2006). *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 131-149, jun. 2008.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. O Supremo de “portas abertas”: a colegialidade em ação. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 56, p. 10-39, 2020.

SANTOS, Fabiano. Patronagem e poder de agenda na política brasileira. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997.

SERRANO, Paulo Marcelo de Miranda. *Caminhos para a corte: Estado e sociedade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. 2015. 379 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

SILVA, Jeferson Mariano. Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 35-54, abr. 2018.

SINGER, André. *Os sentidos do lulismo: reforma gradual e pacto conservador*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 27-74, jan./abr. 2009.

VIEIRA, Jose Ribas; COSTA, Pedro D'Angelo da; JORGE, Thiago Filippo Silva; DUARTE, Pedro Henrique Favilla. O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do Poder Judiciário. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-23, 2017.

VIEIRA, Vanessa Alves; RADOMYSLER, Clio Nudel. A Defensoria Pública e o reconhecimento das diferenças: potencialidades e desafios de suas práticas institucionais em São Paulo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 455-478, dez. 2015.

VITÓRIA, Gisele; BLANES, Simone. Santa indicação. *Isto É*, 30 maio 2014.

WERNECKVIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. Análise da trajetória dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF): insulamento ou presidencialismo de coalizão? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2215. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202215>

Theófilo Codeço Machado Rodrigues

DOUTOR EM CIÊNCIAS SOCIAIS PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO (PUC-RIO). MESTRE EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). ATUALMENTE REALIZA PÓS-DOUTORADO NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ). AUTOR DO LIVRO *PARTIDOS, CLASSES E SOCIEDADE CIVIL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO* (APPRIIS, 2021).

thefilomachadorodrigues@gmail.com

1 Instituto Politécnico do Porto, Escola Superior de Tecnologia e Gestão (ESTG), Porto, Portugal

2 Instituto Politécnico do Porto, Centro de Inovação e Investigação em Ciências Empresariais e Sistemas de Informação (CIICESI), Felgueiras, Portugal
<https://orcid.org/0000-0001-8434-2398>



Proibição de discriminação em razão da raça e da origem étnica no contexto europeu, em especial na relação laboral

PROHIBITION OF DISCRIMINATION ON GROUNDS OF RACE AND ETHNIC ORIGIN IN THE EUROPEAN CONTEXT, IN PARTICULAR IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

Susana Sousa Machado^{1,2}

Resumo

No presente artigo pretende-se abordar um dos fatores de discriminação proibidos em vários instrumentos normativos europeus: a raça e a origem étnica. Parte-se de uma análise mais geral para a respectiva aplicação da proibição de discriminação em razão da raça e da origem étnica na relação laboral. O estudo é contextualizado à luz de um conjunto de acontecimentos que tem motivado o debate público sobre a temática. É efetuada uma reflexão sobre o conceito de “raça” e “origem étnica” a partir da análise de fontes internacionais e europeias, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Busca-se examinar a relação intrínseca entre a proibição de discriminação e a dignidade da pessoa humana, o que exige a proclamação do trabalho digno.

Palavras-chave

Discriminação; raça; origem étnica; Europa; trabalho.

Abstract

This article intends to address one of the discrimination factors prohibited in several European normative instruments: race and ethnic origin. It starts with a more general analysis for the respective application of the prohibition of discrimination on grounds of race and ethnic origin to the employment relationship. The study is contextualized in the light of a set of events that have motivated the public debate on the subject. A reflection on the concept of “race and ethnic origin” is carried out, the international and European sources are analyzed, as well as the jurisprudence of the ECJ and the ECHR. The intrinsic relationship between the prohibition of discrimination and the dignity of the human person is sought, which requires the proclamation of decent work.

Keywords

Discrimination; race; ethnic origin; Europe; work.

INTRODUÇÃO

A presente reflexão surge a partir da sequência de um conjunto de acontecimentos que motiva o debate e o interesse da opinião pública sobre a questão da discriminação racial.

Por um lado, o movimento *Black Lives Matter*, originado com a morte do afro-americano George Floyd às mãos da polícia de Mineápolis, tornou-se o maior movimento da história dos Estados Unidos da América (EUA), com apoiantes por todo o mundo (BUCHANAN, QUOCTRUNG e PATEL, 2020).

Por outro lado, em Portugal, uma notícia publicada no *Jornal Expresso*, de 17 de outubro de 2020, com o título “Há raças mais inteligentes? 23% dos portugueses acreditam que sim”,¹ suscita o debate em torno da discriminação racial. Este artigo refere-se a uma sondagem do ICS/ISCTE (colaboração entre o Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa (ICS-ULisboa), o Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL) e o grupo Impresa Publishing S.A) em que 17% dos portugueses inquiridos consideram que a mistura racial ou étnica pode prejudicar “a evolução biológica da espécie humana”. Além disso, 41% concordam que a convivência entre diferentes raças ou etnias causa quase sempre problemas; mais de quatro em cada dez portugueses consideram que há diferenças significativas entre grupos étnicos ou raciais; e cerca de um quarto dos portugueses acredita que algumas raças ou etnias são mais inteligentes do que outras.

Mais recentemente, um relatório de janeiro de 2021, intitulado “State of Hate – Far-Right Extremism in Europe” (MULHALL e KHAN-RUF, 2021), elaborado pelas organizações antirracistas HOPE not hate (Reino Unido), Fundação Amadeu Antonio (Alemanha) e Expo (Suécia), buscou observar as áreas de interesse que grupos radicais e de extrema direita tentam explorar; no estudo, há um inquérito, realizado em sete países europeus (Suécia, França, Alemanha, Reino Unido, Hungria, Polónia e Itália), que concluiu que 25% dos europeus têm sentimentos negativos em relação aos muçulmanos, quase 33% têm opiniões hostis quanto aos imigrantes em geral e mais de 33% têm opiniões negativas sobre os ciganos. Nesse relatório são, também, analisados os riscos do crescimento de movimentos da extrema direita europeia.

Tudo isto demonstra que na sociedade contemporânea se debate diariamente o racismo, a discriminação e a segregação étnica. Trata-se, portanto, de um momento em que existe todo o interesse em revisitar o tema do direito antidiscriminatório na Europa e, em especial, a raça e a origem étnica enquanto fundamentos proibidos de discriminação na relação laboral.

A Europa, devido a fenómenos como a globalização e a integração europeia, está enfrentando um processo de rápida evolução sociocultural, uma vez que o contexto social tende a

...

¹ Disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/2020-10-17-Ha-racas-mais-inteligentes--23-dos-portugueses-acreditam-que-sim>. Acesso em: 21 out. 2020.

ser cada vez mais multiétnico e multirracial (SESSAREGO, 2020, p. 172). E a relação laboral não é indiferente a estes constantes desafios.

Assim, pretende-se estudar a proibição de discriminação no âmbito laboral por meio de um diálogo entre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), analisando a discriminação em razão da raça e da origem étnica.

Em termos metodológicos, o artigo, que se baseia em uma análise jurisprudencial, percorreu um caminho de pesquisa que utiliza dois critérios: primeiro, pesquisa na base de dados *on-line* do TEDH e do TJUE por meio das palavras-chave “raça” e “etnia”; segundo, passou-se a uma pesquisa com a palavra-chave “discriminação” aplicada à seleção anterior. Utilizado o critério mencionado anteriormente, houve uma segunda etapa de seleção das decisões que tivessem uma relação direta com o tema em análise neste artigo, ou seja, que versassem sobre um conflito laboral ou que discutissem os conceitos de “raça” e “etnia”. Após essa segunda seleção, os acórdãos em causa foram alvo de uma análise minuciosa e os resultados são apresentados no presente texto. Assim, utilizando a metodologia mencionada, foram estudados detalhadamente quatro acórdãos.

I. DO CONCEITO DE RAÇA E DE ORIGEM ÉTNICA

A raça e a origem étnica representam um dos fatores de discriminação proibidos em diversos instrumentos normativos de âmbitos internacional, europeu e nacional. Essa uniformidade generalizada, nas sociedades contemporâneas, “da raça como um fundamento proibido de discriminação deve-se à circunstância de as sociedades humanas (incluindo as ocidentais) terem ao longo da sua história atravessado, em maior ou menor medida, um processo de ‘racialização’” (MESTRE, 2000, p. 102). Mestre (2000, p. 102) clarifica, ainda, que

este termo designa o processo de individualização de um determinado grupo humano de acordo com algumas características comuns que lhes são atribuídas, nomeadamente características físicas (cor da pele ou aparência exterior), sinais visíveis externos (vestuário, marcadores étnicos ou religiosos) ou indicadores sociais (como a cultura e o *status* sócio-económico).

Ao longo dos tempos, a raça foi sendo um fator de diferenciação entre seres humanos, ou seja, os cidadãos eram classificados em função de sua pertença a determinado grupo racial. Segundo Mestre (2000, p. 103),

os casos paradigmáticos foram a Alemanha no tempo do nacional-socialismo e a África do Sul no tempo do *apartheid*, mas também os EUA tiveram leis de segregação racial (as designadas “Jim Crow Laws” aprovadas no Sul dos EUA), assim como a Rodésia (atual

Zimbabwe), entre outros; atualmente a Constituição da Libéria de 1847 restringe a nacionalidade a “negroes or persons of negro descent” (art. V, sec. 13), impedindo assim o acesso à naturalidade a cidadãos de ascendência europeia, asiática ou ameríndia, ainda que nascidos no território ou casados com um natural desse país.

Atualmente, ainda persistem formas de discriminação que, apesar de não constituírem uma classificação formal dos cidadãos pelo poder público, resultam de diferenciações de facto. Desta forma, tornou-se fundamental solidificar nos diferentes ordenamentos jurídicos fontes de proteção da discriminação em função da raça e da origem étnica.

Entretanto, afinal, o que se entende por “raça” e “origem étnica” à luz dos instrumentos normativos que proíbem a discriminação?

A grande dificuldade surge em demonstrar a pertença de um determinado indivíduo a um grupo subjetivo, o qual corresponde a uma das categorias (raça e origem étnica) que a lei descreve. Todavia, estes requisitos de pertença podem se revelar exigentes e de difícil compreensão. E, de facto, estas dúvidas concetuais verificam-se em relação à raça e à etnia (LOPES e SILVA, 2002).

Apesar das dificuldades subjacentes ao âmbito destes conceitos, não podemos deixar de apontar como ponto de partida a Diretiva 2000/43/CE,² em que se esclarece que a “União Europeia rejeita as teorias que tentam provar a existência de raças humanas separadas, pelo que a utilização do termo “origem racial” na presente directiva não implica a aceitação de tais teorias” (Considerando n. 6). Apesar de o direito comunitário não referir expressamente a língua, a cor ou a ascendência como características protegidas, isso não significa que estas não possam ser protegidas como parte da raça ou da origem étnica. Isto porque a língua, a cor e a ascendência encontram-se intrinsecamente vinculadas à raça ou à etnia (AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DA LA UNIÓN EUROPEA, 2011, p. 109).

É interessante observar que

a despeito da (in)consistência de científica da autonomização de várias raças, é uma evidência que a sociedade se comporta pressupondo essa mesma multiplicidade racial, assume-se que um diploma destinado a combater a discriminação com base nesse fator não pode deixar de partir daquela suposição. (ROUXINOL, 2018, p. 148)

Mestre aponta dois modelos distintos para caracterizar o conceito de “raça” e de “origem étnica”: o modelo essencialista e o modelo construtivista (MESTRE, 2000, p. 107). Enquanto

...

2 Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (JO L 180 de 19.7.2000, p. 22-26).

o primeiro “assenta a definição na identificação de determinados marcadores biológicos que individualizariam as diferentes raças humanas”, o segundo “considera a raça essencialmente como uma construção social” (MESTRE, 2000, p. 107). Acompanhando o estudo do autor, realça-se que a jurisprudência tem adotado um conceito de raça que assenta em um modelo de construção social, ou seja, construtivista, já que o conceito tem sido preenchido por referência a determinados marcadores que permitem individualizar certos seres humanos (MESTRE, 2000, p. 107). Esta densificação do conceito é feita por “referência a uma construção social que funciona mediante a identificação/realce de determinados marcadores que (a) permita a identificação de outras pessoas, (b) seja relativamente imutável, (c) sirva como uma forma de significação social” (MESTRE, 2000, p. 107).

Para melhor ilustrar o alcance das dificuldades terminológicas, note-se que, atualmente, na Alemanha está em debate a supressão da palavra “raça” da Constituição e a sua eventual substituição pela expressão “motivos raciais” (RATH, 2021). Isto porque o termo “raça” tem sido apontado como admitindo a existência de diferentes categorias de pessoas, o que pode colidir com a previsão da Lei Fundamental de que todas as pessoas são iguais perante a lei.

É, portanto, evidente a complexidade da tarefa de buscar definir o conceito de “raça”, bem como de o distinguir do conceito de “origem étnica”. Tal como referido anteriormente, a jurisprudência tem sido determinante para a definição e a distinção dos conceitos.

No âmbito da jurisprudência do TJUE, no acórdão *Chez*,³ em que se tratava da discriminação provocada pelos parâmetros de construção de postes de eletricidade em bairros habitados pela população Roma, é referido que “o conceito de origem étnica, que procede da ideia de que os grupos sociais são marcados, nomeadamente, por uma comunidade de nacionalidade, de fé religiosa, de língua, de origem cultural e tradicional e de meio de vida, aplica-se à comunidade Roma”.

Também no acórdão *Jyske Finans*,⁴ recorrendo à jurisprudência já vertida no acórdão *Chez*, o TJUE volta a afirmar que “o conceito de ‘origem étnica’ procede da ideia de que os grupos sociais são marcados, nomeadamente, por uma comunidade de nacionalidade, de fé religiosa, de língua, de origem cultural e tradicional e de meio de vida”. Acrescenta, ainda, que “uma origem étnica não pode ser determinada com base num único critério, devendo, pelo contrário, assentar num conjunto de elementos, alguns dos quais de natureza objetiva e outros de natureza subjetiva”.

...

³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 16 de julho de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD* contra *Komisija za zashtita ot diskriminatsia* (C-83/14).

⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 6 de abril de 2017, *Jyske Finans A/S* contra *Ligebehandlingsnævnet* (C-668/15).

No entanto, a jurisprudência pioneira na concretização destes conceitos terá sido a do TEDH, a qual foi posteriormente citada, por exemplo, no acórdão *Chez* do TJUE.⁵ Segundo o TEDH, no caso *Timishev vs. Rússia*,⁶ etnia e raça são conceitos relacionados e sobrepostos. Considerando que a noção de raça está enraizada na ideia de classificação biológica dos seres humanos em subespécies de acordo com características morfológicas, como a cor da pele ou as características faciais, a etnia tem a sua origem na ideia de grupos sociais marcados por nacionalidade comum, filiação tribal, fé religiosa, linguagem comum ou origens culturais e tradicionais. Assim, à luz da jurisprudência do TEDH, língua, religião, nacionalidade e cultura podem ser fatores indissociáveis da raça.

2. A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

2.1. FONTES INTERNACIONAIS

São diversas as fontes do direito internacional que se ocuparam da proibição de discriminação em razão da raça e da origem étnica, todavia, destacamos aquelas que nos parecem mais relevantes no contexto concreto da relação laboral.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), destaca-se, neste âmbito, o art. 2º, com um elenco exemplificativo de fundamentos proibidos de discriminação, designadamente, a raça. Isto, na sequência de o art. 1º estabelecer que todos os seres humanos nascem livres e iguais na dignidade e em direitos.

O Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) promove a igualdade em seu art. 2º, em tudo semelhante ao art. 2º da DUDH, consagrando que os Estados têm a obrigação de assegurar os direitos consagrados nesse pacto, sem qualquer distinção que derive, nomeadamente, da raça.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), em seu art. 26, proclama uma cláusula geral de igualdade e consagra o dever de a lei assegurar a proibição de discriminação em função da raça, cor, origem nacional ou social. Os Estados têm, portanto, o dever de assegurar todas as formas de discriminação, designadamente, as que têm por base os motivos aí elencados. Realça-se o carácter abrangente deste preceito ao abarcar um conceito

...

5 O acórdão *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia* (C-83/14), ao referir-se ao conceito de origem étnica, efetua a seguinte remissão: “v., neste sentido, a propósito do artigo 14.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, TEDH, *Natchova e o. c. Bulgária* n.ºs 43577/98 e 43579/98, TEDH 2005-VII, e *Sejdić e Finbci c. Bosnia-Herzegovina* n.ºs 27996/06 e 34836/06, §§ 43 a 45 e 50, CEDH 2009”.

6 *Timishev vs. Rússia*, App. ns. 55762/00 e 55974/00, data de julgamento 13 de dezembro de 2005, n. 55.

mais amplo de raça, o qual contempla a cor e a origem nacional e social. No art. 27 consagra o dever de os Estados garantirem às minorias (étnicas, religiosas ou linguísticas) o direito de professar a sua cultura dentro do território desse Estado.

Ainda no âmbito das Nações Unidas, cumpre destacar a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Esta, ao contrário dos instrumentos jurídicos anteriormente mencionados, tem um âmbito mais restrito, já que visa combater a discriminação contra um determinado grupo: as minorias raciais. Entre os aspetos mais relevantes, salienta-se a definição de discriminação racial como

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Voltamos a sublinhar a adoção de um conceito amplo de raça, estendendo-o à cor, à ascendência, à origem nacional ou étnica.

Por fim, ainda no âmbito das Nações Unidas, evidencia-se a título exemplificativo, e em matéria específica das relações laborais, a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. No âmbito desta convenção, a discriminação compreende toda distinção, exclusão ou preferência fundada, entre outras, na raça, “que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão” (art. 1º).

Já no âmbito do Conselho da Europa cabe referir a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), cujo cumprimento é garantido pela tutela do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e pela Carta Social Europeia (CSE).

Na CEDH, está consagrada a proibição de contemplar a raça como fator de discriminação no gozo dos demais direitos previstos na Convenção (art. 14). Diferentemente de outras fontes internacionais, a CEDH não se refere ao princípio da igualdade, tampouco consagra uma proibição geral de discriminação. Na verdade, o referido art. 14 apresenta uma proibição de discriminação com fundamento nos motivos reconhecidos na própria convenção. Daí que a inexistência do princípio da igualdade do texto da CEDH tenha permitido ao TEDH interpretar aquele preceito como consagrando uma obrigação negativa para os Estados, ou seja, abster-se de garantir os direitos previstos na convenção de forma discriminatória sem que estejam obrigados a adotar medidas que garantam a igualdade (MESTRE I MESTRE, 2017, p. 292).

No domínio deste instrumento jurídico, destacam-se duas decisões do TEDH que, embora se situem fora do âmbito laboral, merecem menção. No caso *Chapman vs. Reino Unido* (27238/1995), estava em causa o direito de uma senhora cigana residir em um determinado local. O TEDH considerou que, neste caso, haveria, discriminação indireta nos termos

dos artigos 8º e 14 da CEDH. No caso *Timishev vs. Rússia* (43577/1998 e 43579/1998) foi exposto que as autoridades policiais russas sujeitavam os veículos de matrícula chechena a operações STOP de maior duração e intensidade. E, por esse facto, havia discriminação em função da raça no gozo do direito à liberdade de circulação. O TEDH, no caso *Timishev contra Rússia*, n. 58:

o Tribunal considera que nenhuma diferença de tratamento baseada de forma exclusiva ou determinante na origem étnica de uma pessoa pode ser objectivamente justificada numa sociedade democrática contemporânea, assente nos princípios do pluralismo e do respeito pelas diversas culturas.

No âmbito da CSE, a qual, à semelhança de outros instrumentos jurídicos anteriormente referidos, consagra uma proteção contra a discriminação focada no gozo dos direitos consagrados na própria carta. Assim, o gozo dos direitos reconhecidos na carta “deve ser assegurado sem qualquer distinção baseada, nomeadamente, na raça” (art. E) e “não constituem motivos válidos de despedimento, designadamente: a raça” (art. 24, n. 3).

2.2. FONTES EUROPEIAS

É notável, no âmbito do Direito da União Europeia, o acervo de fontes que pretendem combater a discriminação.

Em primeiro lugar, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) consagra, a par de um princípio geral de proibição da discriminação, um elenco exemplificativo de fundamentos proibidos de discriminação, do qual se destaca a raça, a cor e a origem étnica ou social como fundamentos expressamente proibidos de discriminação no âmbito do direito fundamental de proteção contra a discriminação (art. 21, n. 1).

O ano de 2000 foi particularmente relevante no âmbito da aprovação de instrumentos normativos na União Europeia (UE) relativamente à luta contra a discriminação, excetuando a discriminação quanto ao género já amplamente desenvolvida: trata-se da Diretiva 2000/43/CE, sobre o princípio da igualdade de tratamento, sem distinção da origem racial ou étnica⁷ e da Diretiva 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Estas diretivas introduziram alterações significativas ao nível dos instrumentos jurídicos de afirmação da igualdade de tratamento na UE (PASTOR, 2005).

...

7 O Conselho, em 2013, aprovou uma recomendação que insta à adoção de medidas em uma série de domínios, nomeadamente a luta contra a discriminação, a fim de reforçar a integração dos ciganos. Cfr. Recomendação do Conselho, de 9 de dezembro de 2013, relativa a medidas eficazes para a integração dos ciganos nos Estados-Membros (JO C 378, de 24 de dezembro de 2013, p. 1-7).

No âmbito do direito derivado e tendo em conta, especificamente, a proibição da discriminação, em matéria laboral, começamos por destacar a Diretiva 2000/43/CE, aplicável tanto ao setor público quanto ao setor privado, a qual foi muito aplaudida pelo seu amplo âmbito de aplicação, que se estende para além dos domínios tradicionais do emprego e do mercado laboral.

Esta diretiva consagra um quadro jurídico destinado a combater a discriminação, direta e indireta, e o assédio, com fundamento na origem racial ou étnica no âmbito do acesso ao emprego, a condições de trabalho, acesso à formação profissional, à proteção social e a cuidados de saúde, à educação, a benefícios sociais e ao fornecimento de bens e prestações de serviços postos à disposição do público, incluindo habitação (art. 3º).⁸

Destaca-se, ainda, o facto de a possibilidade de justificação de um tratamento discriminatório limitar-se a “um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional” (art. 4º).

Em termos terminológicos, começa por esclarecer que “rejeita as teorias que tentam provar a existência de raças humanas separadas, pelo que a utilização do termo ‘origem racial’ na presente directiva não implica a aceitação de tais teorias” (Considerando n. 6).

Esta diretiva acaba por seguir o mesmo formato das demais diretivas laborais no que toca aos conceitos basilares no âmbito da discriminação, nomeadamente, discriminação direta, indireta, assédio e medidas de ação positiva. Note-se que esta diretiva apresenta menor amplitude ante à anteriormente analisada, uma vez que somente se aplica ao emprego, o que deixa de fora, por exemplo, o regime de segurança social.

Merece ainda uma referência lateral a Diretiva 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Tem por objetivo combater a discriminação com fundamento na religião ou em convicções, na deficiência, idade ou orientação sexual. Observa-se que não se refere à raça e à origem étnica. Neste sentido, Mestre (2000, p. 44-45) refere que

• • •

8 No âmbito do acompanhamento desta diretiva, cf. (1) Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Aplicação da Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica [COM(2006) 643 final de 30 de outubro de 2006]; (2) Recomendação do Conselho, de 9 de dezembro de 2013, relativa a medidas eficazes para a integração dos ciganos nos Estados-Membros (JO C 378 de 24.12.2013, p. 1-7); (3) Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Relatório conjunto sobre a aplicação da Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica («Diretiva relativa à igualdade racial») e da Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional («Diretiva relativa à igualdade no emprego») [COM(2014) 2 final de 17 de janeiro de 2014].

resulta que, perante o legislador europeu, estes fatores de discriminação não gozam da mesma amplitude de proteção do que a proporcionada ao “sexo” e à “raça/origem étnica”, muito embora os legisladores nacionais tenham vindo a alargar esse âmbito de proteção de forma a evitar lacunas de tutela.

Ambas as diretivas introduziram novidades significativas em matéria de igualdade de tratamento, designadamente, porque definem a discriminação direta e a indireta,⁹ estabelecem considerações sobre o assédio, a possibilidade de qualquer indivíduo intentar uma ação judicial e/ou administrativa para salvaguarda do princípio da igualdade de tratamento e a inversão do ónus da prova. Prevê, ainda, a proteção contra represálias e a criação de um organismo especializado de luta contra a discriminação que exerça as suas funções de modo independente.

3. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NO CONTEXTO LABORAL: A JURISPRUDÊNCIA DO TJUE E DO TEDH

A primeira decisão do TJUE, em matéria de raça e origem étnica, tendo por base a Diretiva 2000/43/CE, a qual era esperada com certa expectativa, é respeitante ao caso **Feryn**, de julho de 2008,¹⁰ a qual continua a se revelar de importância extrema na interpretação da diretiva.

Este acórdão resulta de uma queixa do organismo belga para a promoção da igualdade de tratamento, o qual solicitava que fosse reconhecida a adoção de uma política de contratação discriminatória pela empresa Feryn especializada na venda e instalação de portões. O pedido justificava-se pelas declarações públicas do diretor da empresa que, a propósito da necessidade de contratar pessoal, afirmava que não poderia empregar trabalhadores não autóctones para satisfazer as exigências dos clientes que tinham medo de lhes dar acesso ao seu domicílio para a execução dos trabalhos.

O TJUE concluiu que “uma declaração pública feita por uma entidade patronal no contexto de um processo de contratação, que tem por efeito recusar as candidaturas de pessoas

...

⁹ De acordo com a Diretiva 2000/78, haverá discriminação direta quando uma pessoa seja, tenha sido ou possa vir a ser tratada de modo menos favorável do que outra em uma situação análoga; e haverá discriminação indireta quando uma disposição, um critério ou uma prática aparentemente neutros possa dar origem a uma desvantagem particular para certa pessoa com religião, deficiência, idade ou orientação sexual determinadas relativamente a outras pessoas; salvo se essa disposição, esse critério ou essa prática seja objetivamente justificado por uma finalidade legítima e os meios sejam adequados e necessários. Não só existe discriminação quando se trata de modo diferente as pessoas em situação semelhante, mas também quando pessoas que se encontram em situação diferente recebem o mesmo tratamento; esta forma de discriminação é conhecida como indireta.

¹⁰ Acórdão do TJUE Feryn, proc. C-54/07, de 10 de julho de 2008.

de determinada origem étnica, constitui uma discriminação directa, na acepção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/43/CE do Conselho”. E acrescenta ainda que

A entidade patronal, ao manifestar publicamente a sua intenção de não contratar pessoas de determinada origem racial ou étnica, exclui, com efeito, essas pessoas do processo de candidatura e do próprio emprego. Não está simplesmente a falar de discriminação, está a discriminar. Não está simplesmente a proferir palavras, está a praticar um “acto verbal”.

O conteúdo deste acórdão é bastante relevante, desde logo, porque proporciona uma interpretação ampla do conceito de discriminação direta, incluindo situações em que não existe uma vítima identificável do comportamento discriminatório, ou seja, uma pessoa afetada pela política discriminatória, mas, também, porque uma simples declaração de carácter abstrato pode configurar discriminação, na medida em que tais declarações podem dissuadir candidatos àquele posto de trabalho. Posteriormente, no acórdão *Bougnaoui c. Micropole SA*, de 14 de março de 2017, C-188/15, o TJUE, em um caso que tratava a discriminação em razão da religião, centrando-se na questão das preferências dos clientes, recusou a classificação desse elemento como um requisito ocupacional genuíno, nos termos do disposto no art. 4º, n. 1 da Directiva 2000/78/CE (MACHADO, 2016, p. 127-147).

No acórdão **Chez**, estava em causa a instalação de contadores de eletricidade em postes a uma altura inacessível, em um bairro maioritariamente ocupado por habitantes de etnia Roma, quando em outros bairros esses contadores estavam instalados a uma altura normal. O TJUE considerou que essa prática era suscetível de configurar uma discriminação baseada na origem étnica. Apesar de admitir que os contadores foram alvo de abusos nesse bairro, considerou que a prática adotada pela empresa de eletricidade era desproporcional.

O TJUE esclareceu que o princípio da igualdade de tratamento também se aplica a todos aqueles que, embora não pertencentes a certa etnia, são alvo de um tratamento menos favorável ou de uma desvantagem em razão de uma medida discriminatória. Esclarece ainda que o facto de o bairro também ser habitado por pessoas que não pertencem à etnia Roma não exclui que se trate de uma prática discriminatória, já que a maioria dos habitantes pertence àquela etnia. Remeteu, no entanto, para o órgão jurisdicional nacional a análise de todas as circunstâncias, com vista a determinar se a prática discriminatória foi instituída por motivos étnicos e, assim, se constitui uma discriminação direta à luz da diretiva. Consequentemente, analisou a possibilidade de o órgão jurisdicional nacional não considerar a existência de discriminação direta e, nesse caso, admite que a prática controvertida poderia constituir uma discriminação indireta pelo facto de ter sido adotada para responder a abusos no bairro e basear-se em critérios aparentemente neutros que afetam maioritariamente pessoas da etnia Roma, colocando-os em uma situação de desvantagem comparativamente a outras pessoas que não pertencem a essa etnia.

No acórdão **Jyske Finans**¹¹ foi analisada a exigência feita por uma instituição de crédito de identificação adicional (fornecimento da cópia do passaporte ou da autorização de residência) a um cliente cuja carta de condução referia um país de nascimento que não é Estado-Membro da UE ou da Associação Europeia de Comércio Livre (European Free Trade Association – EFTA). Neste caso, o TJUE considerou que uma simples referência ao país de nascimento não é suficiente para enquadrar a questão no conceito de origem étnica para efeitos da Diretiva 2000/43/CE. Sublinha, com efeito, que “não se pode presumir que em cada Estado soberano exista uma e uma só origem étnica”, inexistindo qualquer relação de similitude entre ambos os conceitos. Na verdade, esclarece que “a Diretiva 2000/43 não tem em vista as diferenças de tratamento em razão da nacionalidade”.

Ainda em matéria de discriminação em razão da origem étnica, cabe salientar o acórdão do TJUE **Wardyn**,¹² no qual se afirmou que não configura discriminação em razão da origem étnica uma legislação nacional segundo a qual os nomes e apelidos dos cidadãos “devem ser redigidos, nos actos de registo civil, apenas com recurso aos caracteres da língua nacional e sem utilizar sinais diacríticos, ligaturas ou outras alterações gráficas das letras do alfabeto latino empregues noutras línguas”, ao passo que os nomes de cidadãos de outros Estados devem ser redigidos nos mesmos documentos com caracteres latinos (LOZANO, 2011, p. 177).

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS: A EXIGÊNCIA DE UM TRABALHO DIGNO

Como vimos, a proibição de discriminação em função da raça e da origem étnica nem sempre é de fácil aplicação desde logo, pela dificuldade em definir os conceitos de raça e origem étnica (MESTRE, 2000, p. 115). Tendo em conta a rejeição de teorias que procuram provar a existência de raças humanas distintas, no Considerando n. 6 da Diretiva 2000/43/CE, essa distinção torna-se ainda menos evidente. De acordo com Bruno Mestre, o acórdão Timishev “não rejeitou totalmente a atendibilidade das características morfológicas na distinção entre os dois conceitos, muito embora tal referência apenas se possa fazer por via indireta, remissiva, no âmbito da jurisprudência”, presente no acórdão Chez em que se definiu etnia sem qualquer referência ao conceito de raça (MESTRE, 2000, p. 115).

A somar-se a esta dificuldade, haverá ainda que referir a divergência entre a CEDH e a Diretiva 2000/43/CE, uma vez que esta exclui a nacionalidade do conceito de raça ou origem étnica ao passo que aquela, embora se refira à nacionalidade como uma categoria autónoma,

•••

11 Acórdão do Tribunal de Justiça, processo C-668/15, de 6 de abril de 2017.

12 TJUE Wardyn, processo C-391/09, de 12 de maio de 2011.

foi interpretada pela jurisprudência do TEDH como admitindo a possibilidade de a nacionalidade representar um elemento constitutivo da origem étnica.

Na verdade, a litigiosidade com fundamento na discriminação em razão da raça ou da origem étnica tem sido reduzida na Europa. Destaca-se a jurisprudência alemã a respeito da discriminação de indivíduos de origem estrangeira com a justificação do deficiente domínio da língua alemã, tendo os tribunais enquadrado essas situações como discriminação em função da origem étnica. Neste domínio impera o princípio da proporcionalidade, visto que as exigências linguísticas feitas a cada trabalhador não devem ser superiores às que ele necessita para o desempenho da função. Vejamos alguns exemplos a seguir.

No acórdão do Tribunal de Trabalho de Hamburgo, de 26 de janeiro de 2010 (25 Ca 282/09), estava em causa um anúncio de emprego que exigia um falante de alemão sem sotaque, tendo o tribunal considerado que existia uma situação de discriminação indireta em função da origem étnica. Foi considerada justificada a exigência de um bom domínio da língua alemã tendo em conta que o posto de trabalho a preencher era de funcionário dos correios, no entanto, o domínio da língua sem sotaque não era uma exigência proporcional.

No acórdão do BAG, de 22 de junho de 2011 (8 AZR 48/10), o tribunal considerou que a exigência feita a um trabalhador estrangeiro, que exercia funções de atendimento ao público, para que frequentasse um curso de língua alemã não constituía discriminação direta em função da origem étnica, na medida em que o trabalhador em causa não ficaria em uma situação pior do que a de um trabalhador nativo que não dominasse a língua alemã. No entanto, sublinhou que a exigência de um determinado nível de conhecimento da língua poderia constituir uma forma de discriminação indireta em função da origem étnica, por os não nativos serem afetados de forma não proporcional. De qualquer modo, a discriminação indireta poderia justificar-se por razões objetivas nos casos em que o posto de trabalho exija determinado nível de proficiência da língua alemã para o exercício das funções.

Mais recentemente, o Tribunal de Trabalho de Frankfurt, em 29 de junho de 2017, (8 AZR 402/15) voltou a esclarecer que o requisito de o candidato ter o alemão como língua nativa nos anúncios de emprego é uma discriminação indireta com fundamento na origem étnica. Tratava-se de um caso de um estudante nascido na Ucrânia e falante nativo de russo que se candidatou a um emprego cujo anúncio exigia como requisito necessário ter o alemão como língua nativa. O tribunal considerou que o empregador, ao expressar o interesse em contratar apenas quem cresceu em um ambiente de língua alemã, independentemente do conhecimento real do idioma, constituía discriminação em razão da origem étnica. Os juízes consideraram, portanto, que não existia objetivo legítimo que justificasse o tratamento desigual.

Como ponto unificador de tudo o que vem sendo dito em matéria de proibição da discriminação não podemos esquecer a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a do trabalhador. O homem que trabalha deve, a todo o momento, ver respeitada a sua dignidade e, dessa forma, ver garantida a igualdade de oportunidades para exercer livremente todos os seus direitos, o que exige que todos os trabalhadores recebam o mesmo tratamento.

A subordinação jurídica do trabalhador não pode corresponder à privação da liberdade e dignidade da pessoa (REDINHA, 2017, p. 175). Esta dignidade não pode permitir a imposição dos poderes do empregador em uma área blindada como a que corresponde ao direito à dignidade da pessoa humana. Isso exige um tratamento decente ou digno na relação laboral, especialmente em tudo o que se relaciona com a tutela do princípio da igualdade e não discriminação (PÉREZ e LOZANO, 2018, p. 368).

Recorde-se que o art. 4º da CEDH se refere à proibição da escravatura e do trabalho forçado e o art. 7º da DUDH estabelece que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação [...]”.

É necessário garantir ao trabalhador, independentemente da raça ou origem étnica, o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho que correspondem ao trabalho digno, o qual deve garantir um direito do trabalho de um determinado modo e em determinadas condições, com respeito pela dignidade da pessoa que trabalha (PÉREZ e LOZANO, 2018, p. 362).

Portanto, não é suficiente qualquer trabalho, mas um trabalho digno, o qual é essencial para a plena integração e participação na sociedade a que se pertence (PÉREZ e LOZANO, 2018, p. 363). Um trabalho indigno, sem respeito pela igualdade, não permite alcançar essa finalidade integradora em uma ordem social democrática de convivência.

Assim, entendemos que o grande desafio das sociedades multiculturais reside na capacidade de respeitar os direitos humanos e, ao mesmo tempo, promover a inclusão das minorias. Para o efeito, é determinante a garantia do princípio da igualdade e a proibição da discriminação.

REFERÊNCIAS

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DA LA UNIÓN EUROPEA. *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011.

BUCHANAN, Larry; QUOCTRUNG, Bui; PATEL, Jugal K. Black Lives Matter May Be the Largest Movement in U.S. History. *The New York Times*, 3 jul. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2020/07/03/us/george-floyd-protests-crowd-size.html>. Acesso em: 15 fev. 2021.

LOPES, Dulce; SILVA, Lucinda Dias da. Xadrez Policromo: A Diretiva 2000/43/CE do Conselho e o Princípio da Não Discriminação em Razão da Raça e Origem Étnica. In: GOMES, Júlio. *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002.

LOZANO, Gérman M. Teruel. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre el reconocimiento del nombre en el espacio europeo. Notas sobre la construcción de un estatuto personal común como ciudadanos europeos y su impacto en el derecho internacional privado de los estados. *Anales de Derecho*, n. 29, p. 177-223, 2011.

MACHADO, Susana Sousa. O cliente tem sempre razão? Breve comentário à recente jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o uso de lenço islâmico no local de trabalho. *Prontuário de Direito do Trabalho*, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 127-147, 2016.

MESTRE, Bruno. *Direito antidiscriminação: uma perspectiva europeia e comparada*. Porto: Vida Económica, 2000.

MESTRE I MESTRE, Ruth María. Prohibición de discriminación general. In: ATIENZA, Cristina Monereo; PÉREZ, José Luis Monereo (coord.). *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa: El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Granada: Comares, 2017.

MULHALL, Joe; KHAN-RUF, Safya. *State of Hate: Far-Right Extremism in Europe*. Londres: HOPE Not Hate Charitable Trust: Amadeu Antonio Stiftung: Expo Foundation, 2021.

PASTOR, María Amparo Ballester. Las directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de su origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78). In: MOLINA, F. Salinas. *La protección de derechos fundamentales en el orden social*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

PÉREZ, José Luis Monereo; LOZANO, Pompeyo Gabriel Ortega. Prohibición de discriminación. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n. 145, p. 327-370, 2018.

RATH, Martin. Bringt es wirklich etwas, die “Rasse” zu streichen? *Legal Tribune Online*, 31 jan. 2021. Disponível em: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/rasse-grundgesetz-eugenik-diskriminierung-art3-rassistisch-rassenhygiene-nationalsozialismus-arier/>. Acesso em: 3 mar. 2022.

REDINHA, Maria Regina. A dimensão igualitária no trabalho digno. In: MÉNDEZ, Lourdes Mella; MARTÍNEZ, Silvia Fernández (coord.). *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*. Berna: Peter Lang Publishing, 2017. 2 v.

ROUXINOL, Milena Silva. A tutela antidiscriminatória do trabalhador sobrevivente de cancro – subsídio para um enquadramento dogmático-normativo. In: NAMORA, Nuno Cerejeira *et al.* (coord.). *Health at Work, Ageing and Environmental Effects on Future Social Security and Labour Law Systems*. New Castle: Cambridge Scholar Publishing, 2018. p. 136-165.

SESSAREGO, Sandro. Racial Discrimination in Europe and Spain: A Multidimensional Perspective. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 10, n. 2, p. 145-180, 2020.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MACHADO, Susana Sousa. Proibição de discriminação em razão da raça e da origem étnica no contexto europeu, em especial na relação laboral. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2216. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202216>

Susana Sousa Machado

PROFESSORA NO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA ESCOLA SUPERIOR DE TECNOLOGIA E GESTÃO (ESTG) DO INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO, PORTUGAL. INVESTIGADORA DO CENTRO DE INOVAÇÃO E INVESTIGAÇÃO EM CIÊNCIAS EMPRESARIAIS E SISTEMAS DE INFORMAÇÃO (CIICESI) E DO CENTRO DE INVESTIGAÇÃO EM JUSTIÇA E GOVERNAÇÃO (JUSGOV). DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, ESPANHA.

scm@estg.ipp.pt

1 Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário, São Paulo, São Paulo, Brasil

2 Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-7778-4550>

3 Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-1971-9130>



Contratos de gestão no SUS: possibilidades de efetivação do direito à saúde

MANAGEMENT CONTRACTS IN SUS: POSSIBILITIES FOR THE RIGHT TO HEALTH EFFETIVATION

Ana Carolina Navarrete Munhoz Fernandes da Cunha^{1,2} e
Fernando Mussa Abujamra Aith³

Resumo

A publicação da lei que criou a titulação de organização social foi precedida de debates sobre o consensualismo no âmbito da Administração Pública, uma corrente interpretativa do direito administrativo que advoga movimentos de horizontalidade entre poder público e privado. Para avaliar a implementação de políticas públicas relacionadas à execução dos direitos humanos – no caso deste artigo, o direito humano à saúde –, realizamos uma pesquisa documental com análise dos 30 contratos de gestão firmados entre organizações sociais de saúde e a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo (SMS-SP), vigentes até 2014. A análise permitiu verificar que o modelo é fortemente influenciado pelas diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS). No caso das relações público-privadas, foi possível concluir que o modelo não é aplicado aos serviços de saúde de maneira idêntica se inserido em maior ou menor grau na política de saúde a depender da escolha do gestor. Por fim, a estrutura homogênea de parte dos contratos, invariável mesmo com relação aos objetos contratados, permitiu descartar a hipótese de que esses instrumentos contam com maior consenso entre o poder público e o parceiro privado. Não havia grande margem de negociação de cláusulas entre os contratados.

Palavras-chave

Organizações sociais; direito à saúde; políticas públicas; contratos de gestão; serviços públicos.

Abstract

The social organization creation law was preceded by debates about consensualism inside the Public Administration, an interpretative school of thought of administrative law that advocates horizontal movements between Public and Private sector. In order to evaluate the implementation of public policies related to the execution of human rights – in the case of this research, the right to health –, we conducted a documentary research with an analysis of the 30 management contracts signed between social health organizations and the Municipal Health Office of São Paulo from 2006 to 2014. The analysis showed that the model is strongly influenced by SUS guidelines. In the case of public-private relations, it was possible to conclude that the model is not applied to health services in an identical way, inserted to a greater or lesser extent in health policy depending on the manager's choice. Finally, the homogeneous structure of part of the contracts, which is invariable even in relation to the contracted objects, allowed us to discard the hypothesis that these instruments have a greater consensus between the Government and the private partner. There was not much scope for negotiating clauses between contractors.

Keywords

Social organizations; right to health; public policies; management contracts; public services.

INTRODUÇÃO¹

Ainda que se possa falar em direitos que apresentem eficácia imediata, a efetivação de direitos fundamentais, de maneira geral, ocorre por meio da estruturação de arranjos institucionais que distribuam competências e racionalizem a transferência de recursos para o atingimento de um fim específico. Esse arranjo institucional é chamado de políticas públicas, objeto transdisciplinar de estudo que possui interfaces com a ciência política, o direito administrativo e o direito constitucional, entre outros ramos do conhecimento.

No caso específico do direito à saúde, o arranjo institucional que o subjaz está previsto no art. 196 e seguintes da Constituição Federal (CF) e consiste em uma rede regionalizada e hierarquizada de instituições, ações e serviços de saúde – o Sistema Único de Saúde (SUS). As bases normativas do SUS, além de estruturadas na CF, estão regulamentadas pela Lei n. 8.080/1990 e pela Lei n. 8.142/1990, e em diversas normativas infralegais.

Desde a sua criação, o SUS passou por um processo de descentralização político-administrativa em direção aos municípios – ainda que considerável centralização dos recursos pela União fosse mantida –, com assunção progressiva, pelos municípios, da gestão das ações e dos serviços em seus territórios. A esse movimento seguiu-se outro, ainda em curso, de regionalização, ou seja, de integração racionalizada dos componentes de diferentes níveis administrativos com o fim de equacionar a fragmentação na provisão dos serviços e as disparidades dos municípios (DOURADO, DALLARI e ELIAS, 2012, p. 24).

A esse respeito, a Norma Operacional Básica (NOB/SUS 1996) determinou o deslocamento das competências materiais dos entes federativos para a esfera local, justificando essa descentralização com base nas especificidades de cada território. Por essa razão, as políticas públicas municipais possuem um papel central na efetivação do direito à saúde. Já o Decreto n. 7.508/2011, responsável pela pactuação organizativa dos serviços de atenção à saúde no âmbito do SUS, estrutura-se a partir dos territórios por meio das Redes de Atenção à Saúde (RAS),² abarcando políticas de atenção básica, atenção psicossocial, urgência e emergência, atenção hospitalar e em vigilância em saúde.

...

1 Este artigo é uma contribuição resultante de pesquisa de mestrado concluída na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no programa de Direitos Humanos, acerca da aplicação, na esfera municipal, do modelo de organizações sociais criado pela Lei Municipal n. 12.134/2006.

2 O Decreto n. 7.508/2011, que regula a distribuição de competências materiais de prestação de serviços de saúde entre os entes federados, organiza em diversos níveis de atenção os serviços de saúde pela Região de Saúde. O art. 5º do decreto determina que as unidades regionais mínimas de saúde devem contar com atenção primária, urgência e emergência, atenção psicossocial, atenção ambulatorial especializada e hospitalar e vigilância em saúde. Esses serviços, por sua vez, são regulados por políticas específicas nos três níveis federados. No caso da esfera federal, temos a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), instituída pela Portaria n. 648/2006, a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP), instituída pela Portaria n. 3.390/2013, a

Em paralelo aos movimentos de descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde, houve a criação de uma modelagem jurídica embasada na contratação de organizações sociais para gestão e prestação de serviços públicos de saúde no âmbito do SUS.

Essa modelagem das organizações sociais foi criada na esfera federal pela Lei n. 9.637/1998 e reproduzida nas esferas estadual e municipal – nesse último caso, por meio da Lei Municipal n. 14.132/2006, regulamentada pelo Decreto Municipal n. 52.858/2011. Basicamente, a Lei n. 9.637/1998 criou uma titulação inexistente até então – de Organização Social (OS) – concedida a pessoas jurídicas de direito privado, e um novo instrumento de parceria entre poder público e particulares, o contrato de gestão. A concessão do título de organização social propicia benefícios similares aos de títulos de utilidade pública, mas vai além e possibilita que a celebração de contrato de gestão seja integrada pela cessão de servidores públicos (tratado na esfera municipal pela nomenclatura de “afastamento”) e a permissão de uso de bens públicos.

O modelo foi concebido no âmbito do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) brasileiro, em 1995, na gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso,³ e compôs uma discussão na literatura acerca das funções do Estado pós-moderno e dos novos formatos possíveis para exercício das atividades administrativas.

Maria Sylvia Di Pietro (2015) dedica um capítulo de sua obra para discutir a evolução do Estado por meio da formação de parcerias com entes privados. Gustavo Justino de Oliveira (2008), ao abordar contrato de gestão, tratará de delimitar os traços do Estado contratual e da Administração Pública consensual; Marques Neto e Schiratto enfatizarão a discussão acerca dos sentidos do público na saúde apresentando o desafio de identificar “até onde pode ir o privado e até onde deve ir o público” (MARQUES NETO e SCHIRATO, 2011, p. 60). Maria Lírida Mendonça (2008), em obra dedicada ao modelo das organizações sociais, propõe a discussão da dicotomia público-privado na Administração Pública e conclui pela necessidade de redefinição das normas e das fronteiras conceituais do próprio direito administrativo.

...

Política Nacional de Atenção às Urgências, estabelecida pela Portaria n. 1.863/GM e a Política Nacional de Vigilância em Saúde (PNVS), instituída pela Resolução n. 588/2018 do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

3 Em dezembro de 1998, ano de promulgação da lei das OSs, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.923/1998 contra a Lei Federal n. 9.637/1998 e o art. 24, inc. XXIV, da Lei Federal n. 8.666/1993, que introduziu um novo caso de dispensa de licitação. A ADI fundamentou-se precipuamente no receio de que as medidas previstas promovessem a privatização de serviços públicos de saúde, o que retiraria do Estado a responsabilidade por sua execução, além de potencialmente violar os deveres de licitação e contratação de mão de obra via concurso público. O STF julgou a ação em 16 de abril de 2015, decidindo conferir interpretação conforme à Constituição para a Lei n. 9.637/1998 e o art. 24, inc. XXIV, da Lei n. 8.666/1993, autorizando a execução de serviços sociais de titularidade do Estado por meio das OSs sem licitação, mas sujeitando o modelo à obediência dos princípios do art. 37 da CF.

O que esses autores têm em comum é propor a discussão dos papéis que o Estado deverá desempenhar diante de seus cidadãos, em especial a partir de instrumentos jurídicos criados durante a Reforma Administrativa de 1995. Esses instrumentos são inseridos por uma parte da literatura dentro de um fenômeno conhecido como consensualismo na Administração Pública (OLIVEIRA, 2008, p. 252), cujos principais expoentes no Brasil seriam as parcerias público-privadas (no sentido estrito), os termos de parceria e os contratos de gestão.

Vinte anos depois das reformas do MARE, com um modelo já consolidado no estado e no município de São Paulo, operadores e pesquisadores do Direito voltam-se ao estudo de como a execução de serviços públicos de saúde por meio de organizações sociais tem sido feita e quais as suas repercussões para as políticas públicas de saúde e para as contratações no âmbito da Administração Pública.

I. METODOLOGIA

O arranjo institucional de uma política pública conta com um marco geral de ação, usualmente expresso em uma base normativa que lhe confere oficialidade (BUCCI, 2013, p. 238), podendo ser de qualquer hierarquia.⁴ Essa base normativa pode, inclusive, vir expressa em instrumentos ainda mais peculiares, como os contratos públicos de concessão, convênios ou mesmo disposição de lei orçamentária (BUCCI, 2013, p. 249). O modelo das OSs, é, dessa forma, uma política-meio, ou seja, instrumental, acoplável a uma política pública maior, que permite a prestação de serviços públicos de saúde em regime de direito privado, ou seja, sem a realização de licitação para compras ou concurso público para contratação de pessoal. Os contratos de gestão celebrados com organizações sociais são o último substrato jurídico de uma determinada política pública de saúde. Considerando esse fato, é importante perguntar se esses contratos estão efetivamente alinhados às políticas de saúde que operacionalizam, bem como se refletem as diretrizes dessas políticas.

Para responder a essa pergunta, adotamos uma abordagem qualitativa,⁵ com levantamento e categorização dos contratos de gestão celebrados entre organizações sociais e a SMS-SP vigentes no período de 2007⁶ a 2010 e disponibilizados no Portal da Trans-

...

4 Um exemplo é o da Norma Operacional Básica (NOB/SUS) n. 1, que tem natureza de portaria, mas que irradia diretrizes para todo o SUS, inclusive para normativas de hierarquia superior, como a Lei n. 8.080/1998.

5 Adotamos a nomenclatura “abordagem” em atenção às considerações de Ignácio Cano acerca do método de pesquisa. A diferenciação entre gerar conhecimento por meio de números ou palavras é de abordagem, inexistindo um método quantitativo ou qualitativo (CANO, 2012, p. 107).

6 A lei municipal que criou as organizações sociais é de 2006, mas os primeiros contratos de gestão encontrados datam de 2007.

parência.⁷ Procedemos à categorização dos contratos segundo a organização contratante, os valores e o objeto contratado. Em seguida, identificamos que as minutas jurídicas eram muito parecidas, com pequenas variações,⁸ bem como que os anexos técnicos variavam dependendo

•••

7 Por determinação da Lei Municipal n. 14.132/2006 (art. 6^o), que criou a qualificação “Organização Social” na esfera municipal, todos os contratos de gestão celebrados com organizações sociais devem ser disponibilizados no Diário Oficial do município. A Lei Municipal n. 14.664/2008 complementou o art. 6^o, incluindo o § 2^o, segundo o qual o contrato de gestão “será também disponibilizado, na íntegra, na Internet, através da página eletrônica da Prefeitura do Município de São Paulo”, junto ao nome e à qualificação dos integrantes da diretoria, do conselho de administração e do conselho fiscal da OS. O primeiro contrato de gestão celebrado foi em 2007, e os contratos permaneceram vigentes até 2014, quando, em novembro deste ano, a Prefeitura de São Paulo anunciou a rescisão unilateral de todos os contratos de gestão ajustados com OSs e iniciou chamamento público para celebração de novos. Segundo consta no Portal da Prefeitura, o objetivo foi iniciar uma nova fase de contratações que seguiriam diretrizes de padronização na redação dos contratos e fixação de metas mais objetivas.

Nossa análise usou como banco de dados o Portal da Transparência da Prefeitura, por sua apresentação possibilitar a visualização dos contratos por OS, região ou hospitais geridos. A legislação foi localizada também pelos *sites* da Prefeitura de São Paulo e pelo *site* da Câmara dos Vereadores.

8 Todas as 30 minutas (parte jurídica dos contratos) previam cláusulas na seguinte ordem: objeto (anexos técnicos), obrigações da contratada, obrigações da contratante, forma de avaliação do contrato, forma de acompanhamento pela secretaria municipal, prazo de vigência, recursos financeiros, alteração contratual, rescisão, penalidades, publicação do contrato no Diário Oficial, foro (capital) e disposições finais. Não foram identificadas diferenças significativas nas obrigações da contratada nas minutas analisadas (prestar serviços de saúde em obediência aos princípios do SUS e direitos dos pacientes, bem como obrigações adjacentes de apoio à integração territorial, contratação de apoio necessário, inclusive serviços de terceiros, responsabilizar-se perante pacientes por indenizações por danos morais decorrentes de ação ou omissão de seus profissionais e adotar o símbolo designativo da respectiva unidade de saúde). Também não foram identificadas diferenças significativas nas obrigações da contratante (disponibilização dos meios para executar o contrato, garantir recursos financeiros, programar o orçamento do município para esses pagamentos, permitir uso de bens móveis e imóveis necessários à execução do objeto). Pequenas diferenças puderam ser notadas no Contrato n. 06H2008, celebrado com a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), que incluiu nas obrigações da contratada a obrigação de “dispor, por razões de planejamento das atividades assistenciais, de informação oportuna sobre o local de residência dos pacientes atendidos ou que lhe sejam referenciados”, ou, ainda, nas minutas jurídicas de contratos relativos a hospitais, constar previsão expressa de obrigação de informar número de leitos para a central de regulação e regras para realização de pesquisas clínicas envolvendo seres humanos. O Contrato n. 13/2008, celebrado pelo Instituto de Responsabilidade Social Sírio-Libanês (IRSSL) apresentou a previsão de a contratada manter sempre atualizados os prontuários médicos. Por fim, o Contrato n. 24/2009, celebrado com a Associação Congregação Santa Catarina (ACSC) apresenta ordem diferente para as mesmas obrigações. Estabelece cláusula específica (4^a) para a aquisição de material médico-hospitalar e medicamentos. A mesma regra aparece em contratos anteriores na cláusula 2^a (obrigações da contratante). As diferenças, contudo, não foram suficientemente frequentes ou substanciais para afastar a alta homogeneidade desse grupo de documentos.

do objeto contratado (hospital, serviços diagnósticos, pronto atendimento, unidades básicas de saúde), mas os contratos com mesmo objeto conservavam a mesma estrutura e conteúdo.

Os termos aditivos não integraram análise, por versar sobre prorrogação da vigência e repasses proporcionais a essa prorrogação. Três termos, contudo, foram celebrados para incluir serviços de gestão de hospitais em contratos prévios com outro objeto. Eles foram integrados à análise e considerados contratos de gestão.⁹

Após a construção de um panorama geral, identificamos relação entre o objeto contratado e uma dada política de saúde. Assim, os contratos de hospitais estavam relacionados à política de atenção hospitalar; os de microrregião, à política de atenção básica; os de serviços de apoio diagnóstico terapêutico (SADTs) à RAS; e os de pronto atendimento, à política de atenção às urgências. Para uma análise mais profunda da relação entre contrato e política, escolhemos apenas duas políticas públicas. O embasamento teórico dessa escolha são os trabalhos de Maria Paula Dallari Bucci sobre o papel do Direito nas políticas públicas e os instrumentos contratuais entendidos como meios de construção de arcabouço normativo para políticas públicas (BUCCI, 2006, p. 11). Para essa escolha foram consideradas duas das políticas de maior abrangência e relevância para o SUS: a Política de Atenção Básica (executada por meio das Unidades Básicas de Saúde (UBS) divididas em microrregiões de saúde) e a Política de Atenção Hospitalar.¹⁰ Também se buscou avaliar de que maneira os controles de resultados se encontravam desenhados no contrato, na busca por eventuais vantagens deste sobre o de meios.

Para a seleção da amostra representativa foram especialmente considerados o objeto do contrato, com enfoque nos equipamentos inseridos na PNAB e na PNHOSP, e a importância monetária envolvida, considerando a premissa de que contratos mais vultosos seriam de gestão mais complexa. Foram analisados três contratos de gestão que tivessem como objeto hospitais municipais e três contratos que tivessem como objeto microrregiões de saúde, levando em consideração os maiores valores de repasse encontrados.

•••

9 Trata-se dos Termos 6H/2008, 7H/2008 e 8H/2008, que tinham metas e indicadores separados dos contratos originais aos quais estavam sendo integrados.

10 A Política de Atenção Básica é uma das mais relevantes em termos de cobertura assistencial e potencial de prevenção de doenças, é porta de entrada do SUS e compreende também as políticas de atenção psicossocial. Já os contratos de atenção hospitalar correspondem também à política de grande relevância para o SUS (PNHOSP) e compreendem em alguns casos serviços de pronto atendimento (hospitais de porta aberta) e serviços de diagnóstico.

2. RESULTADOS

2.1. PANORAMA

Foram coletados ao todo 30 contratos de gestão, com celebração datada entre 2007 e 2010 e vigência até 2014.¹¹ Todos os contratos foram celebrados com duração de três anos e abertura para renegociação anual por meio de termos aditivos, conforme previsão em seus anexos técnicos.

Os contratos dividiam-se em minuta e anexos técnicos. As minutas contavam com uma carga jurídica maior, estabelecendo obrigações entre as partes, prazo, rescisão e foro, enquanto os anexos se alinhavam mais a uma abordagem orçamentária ou de saúde: volume de atividades a serem desempenhadas, regras de referência e contrarreferência, volume de recursos e cronograma de desembolso. Os objetos dos contratos identificados foram: (i) microrregiões e territórios, (ii) pronto-socorros e pronto atendimento, (iii) hospitais e (iv) serviços de diagnóstico.

Os 30 contratos foram organizados em uma tabela com três categorias: entidade contratada, volume de recursos repassados e objeto do contrato de gestão (Tabela 1).¹²

TABELA 1 – **DISTRIBUIÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS SEGUNDO VOLUME DE REPASSE E OBJETO DO CONTRATO**

| ORGANIZAÇÃO SOCIAL | CONTRATO DE GESTÃO | REPASSE (12 MESES) | TIPOS DE EQUIPAMENTOS GERIDOS |
|---------------------------|---------------------------|---------------------------|--|
| SANTA MARCELINA | CG N. 01/2007 | R\$ 61.372.005,50 | MICRORREGIÃO DE CIDADE TIRADENTES/GUAIANAZES |
| SANTA MARCELINA | CG N. 10/2008 | R\$ 53.906.872,02 | MICRORREGIÃO DO ITAIM PAULISTA |
| SANTA MARCELINA* | CG N. 02/2007 | R\$ 38.013.713,75 | HOSPITAL MUNICIPAL CIDADE TIRADENTES |

(continua)

...

11 A totalidade dos contratos foi celebrada até 2010, com exceção de um contrato, o Contrato de Gestão n. 07H/2008, que foi celebrado em 2012. Este contrato, na verdade, consiste em termo aditivo que incluiu no objeto de um contrato mais antigo – de microrregião – uma unidade hospitalar. Os Contratos de n. 07H/2008, 08H/2008 e 06H/2008 seguiram esse modelo. Os demais termos aditivos versavam sobre a prorrogação temporal dos contratos, bem como os respectivos repasses.

12 As categorias “entidade contratada” e “objeto do contrato” foram mais fáceis de construir, dada a sua disposição nítida nos documentos. Apareciam logo no início, demarcadas em negrito, e permitiram-nos “dar

| ORGANIZAÇÃO SOCIAL | CONTRATO DE GESTÃO | REPASSE (12 MESES) | TIPOS DE EQUIPAMENTOS GERIDOS |
|-------------------------------------|---------------------------|---------------------------|--|
| SANTA MARCELINA | CG N. 15/2009 | R\$ 12.209.139,45 | PA DRA. GLÓRIA RODRIGUES E ATUALPA RABELO E PS JÚLIO TUPY |
| TOTAL | | R\$ 165.501.730,72 | |
| SPDM | CG N. 06H/2008 | R\$ 49.573.390,68 | HOSPITAL MUNICIPAL VEREADOR JOSÉ STOROPOLI |
| SPDM | CG N. 07H/2009 | R\$ 29.926.203,72 | HOSPITAL MUNICIPAL DR. BENEDICTO MONTENEGRO |
| SPDM | CG N. 07/2008 | R\$ 22.676.738,54 | TERRITÓRIO ARICANDUVA, SAPOPEMBA, SÃO MATEUS |
| SPDM | CG N. 23/2009 | R\$ 12.678.004,30 | PSM DR. AUGUSTO GOMES DE MATTOS E PA SÃO MATEUS |
| SPDM | CG N. 06/2008 | R\$ 10.012.148,74 | MICRORREGIÃO VILA MARIA/VILA GUILHERME |
| SPDM | CG N. 27/2010 | R\$ 8.179.987,02 | PSM VILA MARIA BAIXA |
| TOTAL | | R\$ 133.046.473,00 | |
| CEJAM | CG N. 03/2007 | R\$ 53.385.765,06 | MICRORREGIÃO DO M'BOI MIRIM |
| CEJAM (JUNTO COM O ALBERT EINSTEIN) | CG N. 04/2008 | R\$ 45.000.000,00 | HOSPITAL DO M'BOI MIRIM |
| TOTAL | | R\$ 98.385.765,06 | |
| SANTA CASA DE MISERICÓRDIA | CG N. 08H/2008 | R\$ 50.180.359,32 | HOSPITAL MUNICIPAL LUIZ GONZAGA |
| SANTA CASA DE MISERICÓRDIA | CG N. 16/2009 | R\$ 29.375.054,44 | PS ÁLVARO DINO DE ALMEIDA, PS 21 DE JUNHO E PS DR. LAURO RIBAS BRAGA |

(continua)

...

rosto” e apontar finalidade na análise. Já o volume de repasses foi escolhido como categoria devido à relevância que o controle de gastos e a execução do plano de trabalho possuem. Para construção dessa categoria, consideramos a variação quanto à descrição da parte financeira. Ora os valores vinham expressos em uma cláusula, ora vinham expressos no anexo técnico que tratava do plano de trabalho e do sistema de pagamento. Havia também variação quanto à disposição dos dados. Em alguns contratos encontrávamos um valor global relativo à duração total do contrato, outras vezes, um valor global mensal, e, na quase totalidade das vezes, excetuada por apenas um caso (o do Contrato de Gestão n. 02/2007, celebrado com a OS Casa de Saúde Santa Marcelina), o valor total que englobava os 12 meses subsequentes à celebração do ajuste. Utilizamos esse último critério para organizar os contratos com base no valor dos repasses.

| ORGANIZAÇÃO SOCIAL | CONTRATO DE GESTÃO | REPASSE (12 MESES) | TIPOS DE EQUIPAMENTOS GERIDOS |
|--|---------------------------|---------------------------|--|
| SANTA CASA DE MISERICÓRDIA | CG N. 08/2008 | R\$ 7.250.994,19 | MICRORREGIÃO JAÇANÃ/TREMembÉ |
| SANTA CASA DE MISERICÓRDIA | CG N. 21/2009 | R\$ 4.263.266,64 | SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (NORTE) |
| TOTAL | | R\$ 91.069.674,59 | |
| FUNDAÇÃO FACULDADE DE MEDICINA (FFM) | CG N. 12/2008 | R\$ 47.347.699,83 | MICRORREGIÃO BUTANTÃ/JAGUARÉ |
| FUNDAÇÃO FACULDADE DE MEDICINA (FFM) | CG N. 28/2010 | R\$ 27.634.235,83 | PSM LAPA - PROF. JOÃO CATARIN MEZOMO E PSM BUTANTÃ - DR. CAETANO VIRGILIO NETO |
| TOTAL | | R\$ 74.981.935,66 | |
| ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO SANTA CATARINA | CG N. 05/2008 | R\$ 38.082.408,60 | MICRORREGIÃO CIDADE ADEMAR |
| ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO SANTA CATARINA | CG N. 24/2009 | R\$ 7.052.549,26 | PS DONA MARIA ANTONIETA FERREIRA DE BARROS |
| ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO SANTA CATARINA | CG N. 14/2009 | R\$ 6.811.647,11 | PS BALNEÁRIO SÃO JOSÉ |
| ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO SANTA CATARINA | CG N. 11/2008 | R\$ 6.169.625,64 | MICRORREGIÃO SOCORRO/PARELHEIROS |
| | | R\$ 58.116.230,61 | |
| INSTITUTO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL SÍRIO-LIBANÊS | CG N. 13/2008 | R\$ 26.110,533,67 | HOSPITAL MUNICIPAL MENINO JESUS |
| TOTAL | | R\$ 26.110,533,68 | |
| FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (FIDI) | CG N. 18/2009 | R\$ 9.358.058,39 | SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (SUDESTE) |
| FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (FIDI) | CG N. 20/2009 | R\$ 7.157.778,89 | SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (LESTE) |
| FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (FIDI) | CG N. 17/2009 | R\$ 6.772.739,51 | SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (SUL) |

(continua)

| ORGANIZAÇÃO SOCIAL | CONTRATO DE GESTÃO | REPASSE (12 MESES) | TIPOS DE EQUIPAMENTOS GERIDOS |
|--|--------------------|--------------------------|---|
| FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (FIDI) | CG N. 19/2009 | R\$ 670.839,42 | SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (CENTRO-OESTE) |
| TOTAL | | R\$ 23.959.416,21 | |
| SERVIÇO SOCIAL DA CONSTRUÇÃO CIVIL (SECONCI) | CG N. 09/2008 | R\$ 15.340.760,00 | TERRITÓRIO ERMELINO MATARAZZO |
| | | R\$ 15.340.760,00 | |
| INSTITUTO SAS | CG N. 22/2009 | R\$ 9.756.863,56 | PSM DE PERUS |
| | | R\$ 9.756.863,56 | |
| SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SANTO AMARO | CG N. 25/2009 | R\$ 7.246.740,07 | PSM SANTO AMARO - JOSÉ SYLVIO DE CAMARGO |
| | | R\$ 7.246.740,07 | |

* Este contrato não apresentou o volume de recursos distribuído em 12 meses, mas em montante global para o exercício de 2007 (de maio a dezembro).

Fonte: Elaboração dos autores.

Essa primeira organização ressaltou o caráter geográfico que a distribuição dos contratos apresenta. As unidades de saúde atribuídas às OSs para gestão e prestação de serviços públicos estão localizadas nas zonas periféricas de São Paulo: Cidade Tiradentes, Cidade Ademar, Parelheiros, Vila Guilherme, Butantã, Jaguaré, Perus. Essa informação vai ao encontro de outros resultados da pesquisa, como os de Vera Coelho *et al.*, que identificaram associação entre o modelo de OS e a expansão dos serviços de saúde para a periferia, em especial entre as regiões de menores indicadores socioeconômicos (COELHO *et al.*, 2014, p. 154).

A categorização por entidades contratantes permitiu constatar também concentração no número de ajustes com o poder público, o que não significou necessariamente o recebimento do maior volume de recursos para gerir. A SPDM lidera a concentração de contratos, com seis celebrações, mas quem gere os maiores recursos é a Casa de Saúde Santa Marcelina, com cinco contratos de gestão.¹³

...

¹³ A SPDM liderou a concentração de contratos, com seis, totalizando um volume de recursos da ordem de R\$ 133.046.473,00, secundada pela Casa de Saúde Santa Marcelina, mobilizando R\$ 165.501.730,72.

A Tabela 2, a seguir, apresenta a relação entre os objetos dos contratos e o volume de recursos. Os contratos de microrregiões mostraram-se ser os de maior volume de repasse (R\$ 277 milhões, acrescidos dos R\$ 38 milhões dos territórios), secundados pelos de hospitais (R\$ 212 milhões). Os contratos de pronto atendimento ou pronto-socorro ocupam o terceiro lugar, e os de serviços de diagnóstico são os de menor valor global. Essa é uma questão interessante, porque, contraintuitivamente, os serviços hospitalares são considerados os mais custosos.¹⁴

TABELA 2 — ORGANIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE GESTÃO COM BASE NO OBJETO CONTRATADO

| TIPOS DE EQUIPAMENTOS GERIDOS | REPASSE (12 MESES) | ORGANIZAÇÃO SOCIAL | CONTRATO DE GESTÃO |
|--|--------------------|--|--------------------|
| MICRORREGIÃO DE CIDADE TIRADENTES/ GUAIANAZES | R\$ 61.372.005,50 | SANTA MARCELINA | CG N. 01/2007 |
| MICRORREGIÃO DO ITAIM PAULISTA | R\$ 53.906.872,02 | SANTA MARCELINA | CG N. 10/2008 |
| MICRORREGIÃO DO M'BOI MIRIM | R\$ 53.385.765,06 | CEJAM | CG N. 03/2007 |
| MICRORREGIÃO BUTANTÃ/JAGUARÉ | R\$ 47.347.699,83 | FUNDAÇÃO FACULDADE DE MEDICINA (FFM) | CG N. 12/2008 |
| MICRORREGIÃO CIDADE ADEMAR | R\$ 38.082.408,60 | ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO SANTA CATARINA | CG N. 05/2008 |
| MICRORREGIÃO VILA MARIA/ VILA GUILHERME | R\$ 10.012.148,74 | SPDM | CG N. 06/2008 |

(continua)

...

Este artigo não levou em consideração os termos aditivos, dado o seu grande número e o propósito exploratório desta etapa. É possível que, dimensionando a totalidade dos contratos e termos aditivos, os agrupamentos fossem distintos. Contudo, considerar a primeira celebração é importante e marca uma tendência. Se o contrato é celebrado com um grande volume de unidades, dificilmente a sua complementação via termos aditivos será pequena. De todo modo, fica um indicativo para pesquisas futuras.

- 14 Os serviços de saúde no SUS são divididos e hierarquizados de acordo com sua complexidade, sua densidade e seu custo e vão desde a atenção primária, que utiliza tecnologias de baixa densidade (ou seja, trabalha com um conjunto de procedimentos mais simples e baratos, capaz de atender à maior parte dos problemas comuns de saúde da comunidade), passando pela média complexidade, que demanda a disponibilidade de profissionais especializados e a utilização de recursos tecnológicos mais avançados de diagnóstico e tratamento, até o nível terciário, ou de alta complexidade, que envolve alta tecnologia e alto custo. Os hospitais localizam-se nesse último nível. Portanto, a presunção caminhará no sentido de os contratos de serviços hospitalares demandarem mais recursos que os de microrregião, dado o seu alto grau de complexidade.

| TIPOS DE EQUIPAMENTOS GERIDOS | REPASSE (12 MESES) | ORGANIZAÇÃO SOCIAL | CONTRATO DE GESTÃO |
|--|---------------------------|--|--------------------|
| MICRORREGIÃO JAÇANÃ/TREMembÉ | R\$ 7.250.994,19 | SANTA CASA DE MISERICÓRDIA | CG N. 08/2008 |
| MICRORREGIÃO SOCORRO/PARELHEIROS | R\$ 6.169.625,64 | ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO SANTA CATARINA | CG N. 11/2008 |
| TOTAL MICRORREGIÃO | R\$ 277.527.519,58 | | |
| HOSPITAL MUNICIPAL LUIZ GONZAGA | R\$ 50.180.359,32 | SANTA CASA DE MISERICÓRDIA | CG N. 08H/2008 |
| HOSPITAL MUNICIPAL VEREADOR JOSÉ STOROPOLI | R\$ 49.573.390,68 | SPDM | CG N. 06H/2008 |
| HOSPITAL DO M'BOI MIRIM | R\$ 45.000.000,00 | CEJAM (JUNTO COM O ALBERT EINSTEIN) | CG N. 04/2008 |
| HOSPITAL MUNICIPAL CIDADE TIRADENTES | R\$ 38.013.713,75 | SANTA MARCELINA* | CG N. 02/2007 |
| HOSPITAL MUNICIPAL DR. BENEDICTO MONTENEGRO | R\$ 29.926.203,72 | SPDM | CG N. 07H/2009 |
| HOSPITAL MUNICIPAL MENINO JESUS | R\$ 26.110.533,67 | INSTITUTO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL SÍRIO-LIBANÊS | CG N. 13/2008 |
| TOTAL HOSPITAL | R\$ 212.693.667,47 | | |
| PS ÁLVARO DINO DE ALMEIDA, PS 21 DE JUNHO E PS DR. LAURO RIBAS BRAGA | R\$ 29.375.054,44 | SANTA CASA DE MISERICÓRDIA | CG N. 16/2009 |
| PSM LAPA - PROF. JOÃO CATARIN MEZOMO E PSM BUTANTÃ - DR. CAETANO VIRGILIO NETO | R\$ 27.634.235,83 | FUNDAÇÃO FACULDADE DE MEDICINA (FFM) | CG N. 28/2010 |
| PSM DR. AUGUSTO GOMES DE MATTOS E PA SÃO MATEUS | R\$ 12.678.004,30 | SPDM | CG N. 23/2009 |
| PA DRA. GLÓRIA RODRIGUES E ATUALPA RABELO E PS JÚLIO TUPY | R\$ 12.209.139,45 | SANTA MARCELINA | CG N.15/2009 |
| PSM DE PERUS | R\$ 9.756.863,56 | INSTITUTO SAS | CG N. 22/2009 |
| PSM VILA MARIA BAIXA | R\$ 8.179.987,02 | SPDM | CG N. 27/2010 |
| PSM SANTO AMARO - JOSÉ SYLVIO DE CAMARGO | R\$ 7.246.740,07 | SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SANTO AMARO | CG N. 25/2009 |
| PS DONA MARIA ANTONIETA FERREIRA DE BARROS | R\$ 7.052.549,26 | ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO SANTA CATARINA | CG N. 24/2009 |

(continua)

| TIPOS DE EQUIPAMENTOS GERIDOS | REPASSE (12 MESES) | ORGANIZAÇÃO SOCIAL | CONTRATO DE GESTÃO |
|--|---------------------------|--|--------------------|
| PS BALNEÁRIO SÃO JOSÉ | R\$ 6.811.647,11 | ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO SANTA CATARINA | CG N. 14/2009 |
| TOTAL PA E PS | R\$ 120.944.221,04 | | |
| TERRITÓRIO ARICANDUVA, SAPOPEMBA, SÃO MATEUS | R\$ 22.676.738,54 | SPDM | CG N. 07/2008 |
| TERRITÓRIO ERMELINO MATARAZZO | R\$ 15.340.760,00 | SECONCI | CG N. 09/2008 |
| TOTAL TERRITÓRIOS | R\$ 38.017.498,54 | | |
| SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (SUDESTE) | R\$ 9.358.058,39 | FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (FIDI) | CG N. 18/2009 |
| SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (LESTE) | R\$ 7.157.778,89 | FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (FIDI) | CG N. 20/2009 |
| SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (SUL) | R\$ 6.772.739,51 | FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (FIDI) | CG N. 17/2009 |
| SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (NORTE) | R\$ 4.263.266,64 | SANTA CASA DE MISERICÓRDIA | CG N. 21/2009 |
| SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (CENTRO-OESTE) | R\$ 670.839,42 | FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (FIDI) | CG N. 19/2009 |
| TOTAL DIAGNÓSTICO | R\$ 4.934.106,06 | | |

Fonte: Elaboração dos autores.

Pela forma como as celebrações se distribuíram no tempo, é possível verificar um faseamento na implementação do modelo das organizações sociais, iniciadas e progressivamente completadas de acordo com os tipos de equipamentos. Os contratos de hospitais e microrregiões foram os primeiros a serem celebrados, tendo como anos de celebração 2007 e 2008. Já os contratos de pronto-socorro e os de serviços de diagnóstico por imagem foram celebrados entre os anos de 2009 e 2010.

2.2 ANÁLISE APROFUNDADA: ELEMENTOS ESSENCIAIS E CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE GESTÃO
Para análise aprofundada, foi selecionada uma amostra composta por contratos hospitalares e de microrregiões.

Em todos os contratos celebrados, a parte formalmente contratual, chamada de minuta, foi caracterizada por uma linguagem jurídica, abarcando os elementos contratuais típicos: partes, objeto, forma, valor repassado. Também apresenta as obrigações e responsabilidades das partes, indica os atores responsáveis pelo acompanhamento e pela fiscalização dos seus resultados e, por fim, as hipóteses de rescisão e eventuais penalidades aplicáveis às partes em caso de descumprimento de suas cláusulas.

Na minuta consta a distribuição das obrigações e responsabilidades da Secretaria de Saúde e da OS, mais especificamente nas cláusulas 2ª e 3ª. Quanto às obrigações da OS, é relevante ressaltar a estipulação de obediência à legislação referente ao SUS, em especial aos deveres de garantia de acesso universal aos serviços de saúde, integralidade, igualdade (sem preconceitos de qualquer espécie) e gratuidade da assistência, a preservação da autonomia da pessoa submetida ao atendimento, o direito à informação, o fomento aos meios de participação da comunidade e a prestação de serviços com qualidade e excelência.

O caráter gratuito dos serviços de saúde compreendidos nos contratos de gestão analisados é referido ao menos em cinco momentos diferentes.¹⁵

Nenhuma outra questão aparece tão demarcada ao longo da peça contratual, nem mesmo a questão da obediência aos princípios do SUS, o que pode indicar uma elevada apreensão de que essas organizações cobrem pelos serviços prestados ou por serviços complementares. Ainda, essa preocupação pode revelar uma estratégia identitária do município. Assim, por essas instituições estarem na ponta da política, algumas exercendo essas atividades em nome próprio antes do contrato de gestão, é razoável supor que exista o receio de que a prestação do serviço público seja confundida com as atividades privadas dessas instituições, descaracterizando essas prestações como política pública de saúde.

Na minuta de todos os 30 contratos havia, na cláusula 2ª, a obrigação de observar os princípios e as diretrizes do SUS na execução dos serviços de saúde. Além disso, constatou-se também uma cláusula pela qual a OS reconhecia a “prerrogativa de controle e autoridade normativa genérica da direção nacional do SUS”.¹⁶ Ou seja, havendo alteração nas normativas do

•••

15 Na cláusula 2ª, item 1.III, vedando a cobrança e responsabilizando a OS pela cobrança indevida de empregado ou preposto; na mesma cláusula 2ª, item 4, atribuindo à organização social a responsabilidade por cobrança indevida; no item 15, estabelecendo a obrigatoriedade da organização social afixar em local visível a sua condição de organização social e de gratuidade dos serviços prestados nessa condição; ainda na cláusula 2ª, item 17.1, ao estipular que o cabeçalho do informe de atendimento entregue ao paciente deverá conter a seguinte expressão: “Esta conta será paga com recursos públicos provenientes de seus impostos e contribuições sociais”; e, por fim, na cláusula 11, item 1, que veda a cobrança por serviços complementares de saúde. É de se notar, portanto, que existe considerável preocupação das partes com a observação da gratuidade do serviço.

16 Cláusula 11, item 2, constante nos termos aditivos e cláusula 13, item 2, do Contrato de Gestão n. 004/2008. Nos contratos de microrregiões a disposição está contida na cláusula 11.

SUS, a cláusula antecipa que o contrato de gestão será objeto de alteração por meio de Termo Aditivo (TA) ou notificação da OS. Essa regra constitui, a nosso ver, uma regra de articulação adaptativa dos contratos com a política e, por consequência, submete essas contratações geral e genericamente ao SUS.

Além dessa submissão direta ao SUS nacional, os contratos de gestão analisados preveem deveres de informação de vagas hospitalares ou ambulatoriais disponíveis a fim de manter atualizado o cadastro de vagas no sistema. No caso dos contratos de microrregiões, há uma disposição que não aparece nos contratos de hospital, referente aos deveres de “apoiar a integração territorial dos equipamentos de saúde da microrregião, nos termos do anexo II, visando a melhoria e a maior eficiência na prestação dos serviços de saúde pública”.¹⁷

No que concerne especificamente aos usuários do SUS, a cláusula 2ª estipula expressamente a responsabilidade da OS em caso de dano decorrente de “ação ou omissão voluntária, ou de negligência, imperícia ou imprudência, que seus agentes, nessa qualidade, causarem a paciente, aos órgãos do SUS e a terceiros a estes vinculados bem como aos bens públicos móveis e imóveis objeto de permissão de uso”,¹⁸ assegurado o direito de regresso contra o causador do dano nos casos de culpa ou dolo. Da mesma forma, responsabiliza a OS, no item 4, pela cobrança indevida de serviços de saúde por seu empregado ou preposto. Por fim, o item 8.3 da cláusula 2ª fixa a responsabilidade por danos decorrentes de ação, omissão, negligência, imperícia e imprudência de profissionais a ela subordinados (incluindo servidores cedidos e profissionais contratados pela OS).

Já quanto aos encargos trabalhistas, há divisão de responsabilidades. A cláusula 2ª, item 8,¹⁹ determina a contratação de pessoal para a execução dos serviços de saúde dos contratos, responsabilizando a OS por todos os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais daí decorrentes. Há, no entanto, uma hipótese de responsabilização do poder público pelos encargos trabalhistas. Está prevista na cláusula 9ª, § 3º, dos Termos Aditivos n. 001/2008 e n. 003/2009,²⁰ inspirada na redação do art. 79, § 2º, da Lei Federal n. 8.666/1993. Quando houver rescisão unilateral do contrato, por parte da Secretaria de Saúde, sem relação com a gestão, culpa ou dolo da OS, o município de São Paulo arcará com as despesas decorrentes das dispensas dos trabalhadores contratados.

...

17 Cláusula 2ª, item 2.1.2, do Contrato de Gestão n. 001/2007. Nos demais contratos de gestão das microrregiões, está na cláusula 2ª, item 3.

18 Cláusula 2ª, item 3 nos Termos Aditivos ns. 001/2008 e 003/2009.

19 No Contrato de Gestão n. 001/2007. Nos Contratos de Gestão ns. 10/2008 e 03/2207, a disposição é “contratar serviços de terceiro, sempre que necessário, responsabilizando-se pelos encargos daí decorrentes”. Item 4.2 da cláusula 2ª.

20 E na cláusula 11, § 3º, do Contrato de Gestão n. 004/2008.

Ocorrendo a rescisão do contrato por vontade das OSs, estas ficam obrigadas a continuar suas atividades por até 180 dias do rompimento. As regras referentes à rescisão do contrato, bem como à aplicação de penalidades por violação de cláusulas ou anexos, sofreram grande influxo da Lei Federal n. 8.666/1993. E, de fato, como ressaltado nas discussões doutrinárias, os contratos de gestão possuem um caráter menos precário, com mais limites à possibilidade de romper os ajustes com o poder público em comparação a outras contratações. Nos contratos de gestão de hospitais, ainda, não é devida indenização por rescisão contratual quando decorrente da desqualificação da OS.

As minutas estabelecem competir à OS a **execução** das atividades previstas no contrato, gerindo os repasses de acordo com o plano de trabalho, e, em contrapartida, estabelecem competir à Secretaria de Saúde o fornecimento dos **meios** necessários à execução das atividades dispostas no contrato. Isso engloba não apenas a realização das dotações orçamentárias combinadas, como o controle e inventário dos bens colocados à disposição da OS por meio de termo de cessão de uso, e o controle sobre os servidores cedidos.²¹ Também a **fiscalização** (controle de meios) e o acompanhamento ou avaliação (controle de resultados) dessas atividades, como estipula a cláusula 3ª dos contratos.

O controle de resultados do contrato de gestão era inicialmente atribuído à Comissão de Avaliação e Fiscalização (CAF), criada pela Lei Municipal n. 14.132/2006, com presidência do Secretário de Saúde e, posteriormente, alterada pela Lei Municipal n. 14.664/2008, o que se refletiu nos contratos de gestão, alterados posteriormente por meio de termos aditivos. Segundo a nova distribuição de tarefas de controle, a CAF realiza a avaliação e fiscalização dos contratos a cada término de exercício, ou quando convier ao interesse público.

O órgão da Secretaria Municipal de Saúde (SMS) responsável pelo acompanhamento cotidiano dos resultados do contrato de gestão é o Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde (NTCSS). É sua atribuição elaborar os instrumentos de avaliação e monitoramento dos contratos. O núcleo é o responsável no âmbito da secretaria, mas quem aplica os instrumentos por ele elaborados são as Comissões Técnicas de Acompanhamento (CTAs). Elas estão previstas no item I.C dos anexos técnicos de Avaliação e Acompanhamento dos contratos analisados, e cada contrato possui uma composição própria.²²

...

21 A Lei Municipal n. 14.132/2006 usa a expressão “afastamento”.

22 No Termo Aditivo n. 001/2008 do Hospital Municipal Luiz Gonzaga, temos configuração com cinco membros: “A CTA do NTCSS é constituída de, no mínimo 5 elementos, sendo 3 indicados pela SMS/SP e 2 indicados pela CONTRATADA:

2 técnicos do NTCSS – SMS;

1 técnico do Coordenadoria Regional de Saúde – SMS onde está localizado o hospital;

1 técnico da Microrregião Jaçanã/Tremembé gerida pela CONTRATADA;

1 técnico do Hospital Municipal São Luiz Gonzaga gerido pela CONTRATADA”. Já o Termo Aditivo n. 003/

As funções da CTA encontram-se descritas nas minutas de todos os contratos analisados:

- Realizar reuniões ordinárias a cada 3 meses, segundo calendário elaborado de forma consensual pelos membros que a compõem;
- Sempre que necessário realizar reuniões extraordinárias;
- Registrar em ata todas as reuniões realizadas que deverão ser assinadas pelos componentes da CTA e participantes presentes;
- Avaliação dos parâmetros da produção, indicadores de qualidade e informação em geral sobre o funcionamento dos serviços, assim como dos aspectos econômico-financeiros da atuação da instituição parceira, analisando os desvios ocorridos em relação ao orçamento estabelecido no contrato de gestão;
- Análises das causas que originaram desvios e ocorrências no funcionamento dos serviços;
- Observação direta e discussões com a entidade provedora sobre o funcionamento dos serviços;
- Estabelecer acordos e a implementação de medidas corretivas, quando necessárias;
- Analisar previamente propostas de implantação de novos serviços;
- Elaborar relatórios à SMS/SP sobre os dados analisados.²³

Por fim, os deveres de acompanhamento da Secretaria de Saúde também estão dispostos no anexo técnico do sistema de pagamento, além da minuta. O monitoramento das ações está atrelado ao dever de repactuar as condições do contrato, no mínimo semestralmente.

2.3 A IMPORTÂNCIA DOS ANEXOS TÉCNICOS DOS CONTRATOS DE GESTÃO PARA A ARTICULAÇÃO COM A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

Os anexos técnicos possuem estrutura muito diversa da parte predominantemente jurídica dos contratos de gestão. Eles integram o seu objeto e são divididos em Anexos de Prestação dos Serviços, Acompanhamento e Avaliação, Sistema de Pagamento e Termo de Permissão de Uso, no caso dos contratos de hospitais. Nos contratos de microrregiões, os anexos dividem-se em Gestão de Unidades, Apoio à Integração Territorial, Sistema de Pagamento, Acompanhamento e Controle, Novas Ações e Termo de Permissão de Uso.

...

2009, que trata do Hospital Municipal Vereador José Stropolli, estipula a quantidade mínima de seis membros da CTA: dois técnicos do NTCSS, um técnico da Coordenação da Gerência Hospitalar (COGERH) e dois representantes da contratada. O Contrato de Gestão n. 10/2008 estabelece a CTA com cinco membros, sendo dois provenientes do NTCSS, um da Coordenadoria Regional de Saúde da microrregião, e um profissional representante da unidade gerida pela OS. Por fim, o Contrato de Gestão n. 004/2008, a CTA está prevista no item I.C do anexo técnico.

²³ Composição funcional da CTA do Contrato de Gestão n. 001/2007, da Microrregião de Cidade Tiradentes/Guaianazes.

As minutas, como observamos, são muito similares entre si, divergindo pouco mesmo diante de tipos distintos de contrato. Os anexos, ao contrário, variam muito dos contratos de hospitais para os contratos de microrregiões.

2.3.1 CONTRATOS DE HOSPITAIS

O Anexo Técnico de Prestação dos Serviços é composto pela descrição minuciosa dos serviços de saúde – de assistência hospitalar, hospital dia, atendimento a urgências e emergências, atendimento ambulatorial, programa hospital domiciliar, e serviço de apoio terapêutico e diagnóstico externo –, bem como do volume esperado de sua execução. É esse anexo que explica em detalhes como ocorre a gestão dos equipamentos hospitalares, em suas diversas atividades, sem, contudo, dimensionar o fundo normativo dessas descrições.

O Anexo de Acompanhamento e Avaliação trata da composição das comissões responsáveis por verificar o cumprimento das metas e dos prazos previstos no Anexo de Serviços. Nesse anexo também estão previstos os deveres de abastecer o Sistema de Informações Hospitalares (SIH) e o Sistema de Informações Ambulatoriais (SIA), bem como organizar e definir fluxos e rotinas de coleta de dados e alimentação de diferentes bancos.²⁴ Esses deveres de informar são relevantes para o abastecimento de bancos de dados que aperfeiçoam a organização logística, epidemiológica e de vigilância sanitária do SUS.

O Anexo dos Sistemas de Pagamento apresenta o plano de trabalho elaborado pela OS, com a previsão das atividades assistenciais que serão desempenhadas, e o orçamento para os 12 meses subsequentes. Esse anexo apresenta uma característica muito interessante, de divisão dos repasses em uma parte fixa, correspondente a 90% do custeio, e uma parte variável, correspondente aos 10% restantes. O repasse da parte variável está condicionado ao desempenho dos hospitais, medidos trimestralmente por meio dos relatórios e dos pareceres da CTA.

Por fim, o Anexo do Termo de Permissão de uso propicia a permissão de uso de bens pertencentes à Prefeitura de São Paulo em favor da OS. Segundo o termo, o instrumental necessário e os equipamentos destinados à realização dos serviços especificados no contrato de

...

24 “São atribuições da Organização Social:

- Implantar/atualizar os sistemas de informação definidos pela SMS/SP;
- Organizar e definir procedimentos, fluxos e rotinas para coleta dos dados dos diferentes sistemas de informação em vigência ou a serem implantados;
- Organizar e definir os processos de trabalho para operação/alimentação dos diferentes sistemas de informação em vigência ou a serem implantados;
- Encaminhar as diferentes bases de dados conforme rotinas estabelecidas pela SMS/SP” previstas no item 8.2.5. do capítulo II: Controle e Responsabilidade, dos anexos. A auditoria programada do Tribunal de Contas indica que as informações do SIH e do SIA são fornecidas por meio do abastecimento do WebSAASS.

gestão ficam sob a guarda da OS, e quaisquer benfeitorias realizadas sobre as edificações ficam incorporadas ao patrimônio municipal. O termo também regula novas aquisições de bens, sejam elas feitas com os recursos do contrato ou não, devendo a entidade avisar a Secretaria a respeito da sua aquisição no prazo de até 30 dias.

2.3.2. CONTRATOS DE MICRORREGIÕES

As diferenças entre os anexos técnicos dos contratos de hospitais e microrregiões refletem-se não apenas no número maior de anexos neste último caso, como também na qualidade das informações disponíveis.

O anexo técnico de Gestão das Unidades Assistenciais à Saúde também prevê e descreve minuciosamente o conjunto de atividades e serviços de saúde que integra o contrato de gestão. A diferença é que no caso das microrregiões, a descrição do anexo faz referência direta ao programa ou à política pública em que está inserida a atividade ou o serviço. Assim, ao tratar da carteira de serviços de saúde, no item A.2.1. do anexo, estão contidas as especificações do Programa Saúde da Família. Da mesma forma, ao mencionar a cobertura da atuação da OS, o item A.2.4 menciona o parâmetro normativo da dimensão de territorialidade – a Portaria n. 648/GM, de 26 de março de 2006.²⁵

Além disso, ao lado da previsão de volume das atividades, encontramos também a previsão do número mínimo de profissionais que deverão exercer as atividades.

O anexo técnico de apoio à integração dos serviços de saúde da microrregião, por sua vez, apresenta o desenho das linhas de trabalho em que serão organizados os sistemas de atenção. O Item C do anexo²⁶ estabelece o dever de conhecer o perfil populacional da microrregião e seus principais problemas de saúde, a partir de dados existentes na Secretaria de Saúde e do diálogo com “gestores, profissionais, representantes da comunidade”. Determina ainda o conhecimento acerca dos fluxos da demanda de serviços na respectiva microrregião – a fim de identificar zonas de influência –, da oferta de serviços das diferentes unidades de saúde que integram a microrregião e sua capacidade instalada e das limitações da referência e contrarreferência. O objeto é a produção de um relatório que “permita à Organização Social apresentar um plano de ação para suprir deficiências de estrutura, equipamentos e recursos humanos que tenham reflexo negativo nas metas pactuadas”.²⁷

No anexo técnico de Sistema de Pagamento encontramos diferenças significativas em relação aos contratos de hospitais. O repasse de recursos para as OSs, no caso de microrregiões,

...

²⁵ No caso do Contrato de Gestão n. 10/2008, da Microrregião do Itaim Paulista, trata-se do item A.1.3.

²⁶ Item III.A no caso do Itaim Paulista.

²⁷ Item III.G do Anexo Técnico II do Contrato de Gestão n. 11/2008 – celebrado com a Congregação Santa Catarina para a gestão da Microrregião de Parelheiros/Socorro.

dá-se em quatro partes, duas fixas e duas variáveis.²⁸ As partes fixas correspondem às atividades orçamentárias de custeio (basicamente recursos humanos e manutenção) e ao pagamento de reformas nas instalações das unidades. As partes variáveis referem-se à entrega de dados sobre apoio à integração e ao acompanhamento e à avaliação, não estando atrelada ao cumprimento das metas quantitativas.

Já o anexo de Acompanhamento e Avaliação, à semelhança dos contratos hospitalares, trata da criação da CTA e suas funções. A diferença é que neste estão detalhados os indicadores de sucesso na execução do contrato e com expressa menção aos critérios estabelecidos na Política Nacional de Saúde, no plano Municipal de Saúde e Fundamentos da Atenção Básica. O anexo que trata do Termo de Permissão de Uso não apresenta diferenças significativas em relação aos contratos de hospital.

3. DISCUSSÃO

A análise panorâmica dos 30 contratos de gestão celebrados permite identificar a distribuição periférica, com caráter de serviço de saúde ampliado do centro para as zonas menos valorizadas da cidade do modelo, como já abordado na literatura. No município de São Paulo, há sensível concentração de recursos em duas organizações sociais, a SPDM, que possuía com a Secretaria de Saúde seis contratos de gestão firmados até 2014, totalizando cerca de R\$ 133 milhões, e a Casa de Saúde Santa Marcelina, com quatro contratos de gestão totalizando um número ainda maior de recursos, alcançando R\$ 165 milhões.

3.1.1. CONTEÚDO E NATUREZA JURÍDICA

O conteúdo do contrato de gestão é considerado peculiar pela literatura, em comparação a outros tipos de parcerias firmadas entre o poder público e as entidades privadas, reverberando em interpretações divergentes acerca de sua natureza jurídica e dos dispositivos aplicáveis ao seu regime.

A literatura diverge quanto à sua natureza convencional ou à contraprestação por serviços prestados, tal como ocorre com a contratação de uma empresa privada para a prestação de um serviço.

Nesses contratos, o plano de trabalho integra o anexo técnico do ajuste, com indicação de metas de prestação de serviços públicos de saúde, o que de fato leva a crer que se trata de um contrato de prestação de serviços. Há, contudo, peculiaridades nessa prestação decorrentes do nível das exigências feitas pelo poder público à organização social no conjunto dos outros anexos técnicos que integram o contrato.

...

²⁸ Item A.1. do anexo III dos Contratos de Gestão ns. 001/2007 e 003/2007.

Entre essas peculiaridades, ressaltamos a estipulação de metas que envolvem a criação de comissões técnicas nos hospitais,²⁹ o estímulo à participação da comunidade,³⁰ a impossibilidade de recusa de pacientes,³¹ a elaboração de relatórios de diagnóstico situacional das necessidades de saúde da microrregião,³² a fixação de número mínimo de funcionários³³ e a elaboração de base de dados para uso do SUS.³⁴ Essas obrigações constam no rol da PNAB, como deveres do município:

I – participar do processo de territorialização e mapeamento da área de atuação da equipe, identificando grupos, famílias e indivíduos expostos a riscos, inclusive aqueles relativos ao trabalho, e da atualização contínua dessas informações, priorizando as situações a serem acompanhadas no planejamento local;

[...]

V – realizar busca ativa e notificação de doenças e agravos de notificação compulsória e de outros agravos e situações de importância local;

XI – garantir a qualidade do registro das atividades nos sistemas nacionais de informação na Atenção Básica.

Não é possível, portanto, dizer que essas são obrigações facilmente encaixáveis no âmbito de uma prestação de serviços quando o caráter interventivo do Estado nas ações é tão nítido, bem como a contribuição destas para o mapeamento, o abastecimento do sistema informacional e a composição da política de saúde.

3.1.2. CONSENSUALISMO E CONTRATOS DE GESTÃO

Como apresentados na Introdução deste artigo, o modelo das organizações sociais surge no bojo da Reforma do Estado, cujos desdobramentos ainda são sentidos nas discussões do consensualismo na Administração Pública. Os administrativistas Gustavo Justino de Oliveira

...

²⁹ Contrato de Gestão n. 004/2008 – Hospital M’Boi Mirim.

³⁰ Cláusula 2ª, item VIII, das minutas de todos os contratos de gestão.

³¹ Eles devem ser, na falta de leitos, encaminhados aos serviços indicados pela prefeitura. Anexo técnico de Prestação de Serviços, item I. Contrato de Gestão n. 004/2008 – M’Boi Mirim.

³² Anexo Técnico de Apoio à Integração, Contrato de Gestão n. 001/2007 – Microrregião de Cidade Tiradentes.

³³ Anexo Técnico de Gestão das Unidades Assistenciais à Saúde. Contrato de Gestão n. 001/2007.

³⁴ Dever informacional previsto no item III. Atribuições em relação a sistemas de informação em saúde do Anexo Técnico de Avaliação e Acompanhamento. Contrato de Gestão n. 004/2008 – Hospital M’Boi Mirim.

e Marçal Justen Filho consideram o contrato de gestão um instrumento utilizado por uma Administração Pública consensual, ou seja, menos autoritária e unilateral e mais horizontal e negocial. Adota-se aqui a distinção feita por Juliana Palma acerca das noções ampla e restrita de consensualismo, a primeira entendida como a atuação da Administração Pública por meio de acordos ou com participação do administrado, e a segunda como uma técnica de governar e administrar por meio do exercício negociado de poder.³⁵

O que se verifica nas minutas e nos planos de trabalho analisados é que a realidade desses instrumentos está longe de ser negocial, tendo caráter rígido, o que desafia as teorias jurídicas do consensualismo na Administração Pública, mesmo em seu sentido amplo. A liberdade do parceiro privado está na adesão ao instrumento normativo que consta do edital de chamamento público.

Não foram detectadas variações nas cláusulas contratuais em razão das diferentes contratantes.

A distribuição das sanções também é pouco equilibrada, havendo rigidez, inclusive, para o parceiro privado romper o contrato, como verificado nos contratos de gestão dos hospitais. O que pode explicar essa rigidez é a natureza essencial da saúde pública e a impossibilidade de sua interrupção, o que irradia efeitos para as hipóteses de rescisão unilateral do contrato e, portanto, o exercício negociado de poder.

Não apenas os contratos, mas a própria Lei Municipal de OS apresentou uma postura menos aberta com relação à participação do parceiro privado. Enquanto o art. 6º da Lei Federal n. 9.637/1998 refere-se à elaboração do contrato de gestão como algo feito “de comum” acordo entre as partes, o art. 5º da Lei Municipal n. 14.132/2006 não menciona esse caráter consensual, apenas a necessidade de observância dos preceitos contidos no art. 37 da CF e art. 81 da Lei Orgânica do Município (que se referem aos princípios da Administração Pública direta e indireta), e à predominância da Secretaria da área correspondente na elaboração das cláusulas não previstas na lei.

Embora o escopo desta pesquisa não envolvesse, inicialmente, a questão do caráter consensual ou não dos contratos de gestão, o estudo das políticas de saúde promovido a partir dessas contratações permitiu desafiar a hipótese proposta por diversos administrativistas de que estes instrumentos têm caráter menos autoritário. Essa constatação encontra respaldo na literatura mais recente sobre o tema, em especial nos trabalhos de Juliana Palma, para quem diversas vezes “as externalidades positivas dos acordos administrativos são enaltecidas e apresentadas abstratamente, sem atentar às especificidades atinentes a cada tipo de instrumento consensual e sem respaldo de estudos de caso” (PALMA, 2010, p. 84).

...

³⁵ Nesse sentido, Juliana Palma conceitua, inspirada nos modelos italiano e espanhol, consensualismo como “[...] a técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos são firmados entre Administração e administrado com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas)” (PALMA, 2010, p. 128).

3.1.3. CONTROLE, ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO

A análise dos contratos possibilitou dimensionar melhor a distribuição dos órgãos e das comissões de controle de resultados, mas o controle de meios também aparece nas cláusulas no que se refere à vinculação do regulamento de compras e à observação de normas objetivas de contratação de funcionários.³⁶

Dos três contratos de hospitais selecionados, dois encontravam-se em uma situação peculiar, assumindo a forma de Termo Aditivo.³⁷ Esses contratos, os mais vultosos, tratam da inclusão de hospitais municipais como unidade de referência nas microrregiões de abrangência dos contratos. O fato de eles terem sido celebrados como termos aditivos pode denotar um potencial problema de controle, por não terem sido antecedidos por chamamentos públicos.

É possível, contudo, que a necessidade de centralizar a gestão da microrregião e do hospital nela inserido fosse a justificativa para a não realização do chamamento. Ressalta-se que, a despeito de formalmente configurarem um termo aditivo, esses ajustes são autônomos com relação ao contrato de gestão da microrregião que integram, como se denota da cláusula 8ª, § 5º, de ambos os contratos:

A CONTRATADA deverá movimentar os recursos financeiros destinados ao HOSPITAL MUNICIPAL VEREADOR JOSÉ STROPOLLI, objeto deste TERMO ADITIVO, em conta corrente específica e exclusiva, de modo a não confundir com os recursos próprios da ORGANIZAÇÃO SOCIAL contratada, bem como os destinados à execução das despesas efetivadas na MICRORREGIÃO VILA MARIA/VILA GUILHERME.³⁸

O controle externo não apareceu com ênfase nos modelos analisados. A rede de controle interno, em oposição, está mais bem desenhada do que nas leis, com especificação da composição das CTAs. A Comissão de Avaliação não foi mencionada nos contratos, muito provavelmente porque sua atuação se dá previamente à assinatura do ajuste. A CAF é mencionada nas minutas, com atuação semestral de fiscalização.

Os protagonistas do exercício do controle que despontaram na análise documental foram o NTCSS e a CTA. Esses são os órgãos de controle responsáveis por estabelecer o diálogo sobre

...

³⁶ Cláusula segunda, itens 8.1 e 8.2. Termo Aditivo n. 08/2008. Hospital Municipal Luiz Gonzaga. Essa cláusula se repete para todos os contratos de gestão.

³⁷ O Contrato de Gestão n. 8H/2008 e Contrato de Gestão n. 6H/2008 são, respectivamente, o Termo Aditivo n. 001/2008 ao Contrato de Gestão n. 08/2008 – NTCSS-SMS, celebrado com a Irmandade Santa Casa de Misericórdia, e o Termo Aditivo n. 003/2009 ao Contrato de Gestão n. 06/2008 – NTCSS-SMS, celebrado com a Associação para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM.

³⁸ TA n. 003/2009, p. 13. Ver também TA n. 001/2008, p. 10.

metas, desvios e repactuações entre Secretaria de Saúde e OSs. O NTCSS, além de ser responsável pela elaboração dos instrumentos de controle, possui no mínimo duas vagas na composição das CTAs de todos os contratos analisados.

O Tribunal de Contas do Município (TCM) realizou, em 2013, uma auditoria programada para avaliar a constituição, a estrutura e os procedimentos da CAF. A auditoria do TCM visou às instâncias internas de controle, distinguindo três formas de organização: o NTCSS, pertencente à SMS, à CAF e às CTAs.

A auditoria concluiu que na integração entre a atuação do NTCSS com a consultoria contratada, “as atividades desempenhadas pela equipe de consultoria se confundem com as da equipe técnica própria do NTCSS, principalmente no que tange à análise das prestações de contas” e ao WebSAASS, uma ferramenta desenvolvida por uma consultoria, a Gesaworld, para avaliar os serviços de saúde contratados.

O acompanhamento da execução do contrato de gestão era atribuição da Comissão de Avaliação, nos termos da Lei Municipal n. 14.132/2006. A Lei Municipal n. 14.664/2008 criou a CAF e transferiu-lhe as atribuições da Comissão de Avaliação. Segundo a auditoria programada, embora tenha sido criada em 2008, a CAF realizou análises referentes aos exercícios de 2010 e 2011. Em todos os 27 relatórios elaborados em 2011 (um para cada contrato de gestão), a auditoria concluiu haver ressalvas quanto à análise, que a seguir reproduzimos:

Impossibilidade de concluir quanto à regularidade das prestações de contas e quanto à efetiva utilização dos recursos no objeto dos contratos devido à insuficiência de informações disponibilizadas;

Impossibilidade de concluir quanto à eficiência da gestão dos recursos devido à falta de informações gerenciais;

Impossibilidade de concluir quanto à regularidade dos gastos com compras e contratações de bens, serviços e funcionários devido à ausência de justificativas por parte das OS.

(TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2013, p. 9)

O entendimento da auditoria acerca da qualidade do acompanhamento realizado pela CAF é a de que esta é capaz de fornecer informações sobre o cumprimento das metas pactuadas, “mas foram omissos em relação ao caráter conclusivo da análise” (TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2013, p. 10).

Por fim, há as CTAs, previstas em cada contrato de gestão, compostas por quatro membros indicados pela SMS e dois indicados pela OS. Suas principais atribuições envolvem a avaliação dos parâmetros de produção, os indicadores de qualidade e as informações em geral sobre o funcionamento dos serviços, as análises das causas que originaram desvios e o estabelecimento de acordos e a implantação de medidas corretivas, quando necessárias.

Conforme registrado na auditoria, dos 26 contratos vigentes, foram disponibilizadas atas de apenas sete, e em nenhuma delas foi constatada a realização de análise e avaliações sobre

aspectos **financeiros** dos contratos ou, tema mais sensível ainda, sobre os desvios com relação ao orçamento estabelecido. Mais à frente, a auditoria observa que embora as OSs enviem relatórios com justificativas no caso do não atingimento das metas, a CTA não se manifesta “no sentido de acolher ou não as justificativas apresentadas” (TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2013).

Sobre a integração entre essas diferentes comissões e esses núcleos, a auditoria constata que o conjunto apresenta condições de monitoramento da produção dos serviços e indicadores de qualidade. Contudo, os casos em que não se verificou o alcance dos resultados pactuados ficam pendentes de análise crítica do NTCSS e das comissões.

Uma observação que merece ser ressaltada refere-se à parte variável da remuneração dos contratos de gestão. Os contratos possuem remuneração dividida em duas partes, uma fixa, de valor vultoso, e outra variável, correspondendo a 10% do valor total da contratação, a ser paga caso a OS cumpra as metas pactuadas. Há uma discussão sobre se essa técnica – cláusula pactuando remuneração fixa e variável – teria o condão de garantir melhores resultados pela OS. Pelo que se depreende desta pesquisa e da auditoria realizada pelo TCM, nem todos os contratos adotam esta cláusula: “a produção e o comportamento dos indicadores de qualidade impactam o volume dos repasses financeiros apenas nos casos de contratos de imagem e hospitais. No caso das Microrregiões, o repasse não está vinculado ao atendimento de metas” (TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2013, p. 11).

A questão é que nesses contratos sem remuneração variável, eventuais resultados abaixo do esperado ficam sem resolutividade por parte do poder público. No contrato de gestão da Microrregião Cidade Ademar, trazido como exemplo na auditoria, a CTA apenas ressaltou que o contrato não possuía previsão de descontos financeiros devido ao não cumprimento das metas – e não fez mais nada.

Por fim, uma última questão atinente ao controle interno refere-se à qualidade do monitoramento econômico-financeiro das entidades, especialmente quanto ao controle de gastos. A auditoria do TCM verificou considerável gama de OSs que possuíam em seus contratos a rubrica “empréstimos contratados e juros pagos”. No período de junho de 2012 a agosto de 2013, dos 26 contratos firmados, apenas dois não apresentavam a rubrica de empréstimos (um firmado com a SPDM – que, no entanto, encontrava-se pagando juros – e outro, firmado com a Fundação da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo).

Em conjunto, as OSs declararam possuir empréstimos no valor de mais de R\$ 447 milhões. Por mais justificados que pudessem ser os empréstimos realizados – desde evidência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato até problemas de repasse pelo parceiro público – o que chamou a atenção dos auditores foi o desconhecimento, por parte do NTCSS, das justificativas das OSs para os empréstimos, ou a inexistência de informações a respeito das instituições concedentes ou das taxas de juros praticadas.

3.1.3. INSERÇÃO NA POLÍTICA

As diferenças de tipologia entre os contratos lançaram luz à questão da inserção do modelo das OSs nas políticas de saúde. Verificou-se que o modelo de OS não é aplicado a todos os serviços de saúde de forma idêntica. Embora haja homogeneidades quanto à distribuição de obrigações entre Secretaria de Saúde e OS e a obediência aos princípios do SUS, os anexos técnicos diferiram muito no estabelecimento de metas e resultados nos contratos de hospital e nos contratos de microrregião.

Isso indica que a forma de aplicar os contratos pode diferir muito a depender de qual será o serviço de saúde prestado, permitindo-nos concluir que o modelo de OS se insere em maior ou menor grau na política de saúde a depender da escolha do gestor. Existem, contudo, limitações a esse respeito. O anexo técnico de Apoio à Integração das Organizações Sociais apresentava remuneração variável como fator de estímulo à entidade que cumprisse a meta de entrega dos relatórios com o diagnóstico das microrregiões. Entretanto, não há elementos que pudessem nos fazer concluir sobre o cumprimento dessas metas.

No caso dos contratos de hospitais, fica menos evidente a participação estratégica da OS na elaboração da política de saúde, focada no oferecimento de dados sobre as atividades. Já no caso dos contratos de microrregiões, as obrigações de levantar dados são não apenas mais nítidas, como a OS assume um papel de integradora das unidades de saúde que compõem a microrregião. Uma possível explicação para essa diferença reside na natureza das políticas de saúde que embasam esses diferentes contratos. As atividades e os serviços de saúde característicos das UBSs são muito distintas das atividades e dos serviços de hospitais municipais, requerendo posturas diferentes não apenas do prestador, mas do próprio gestor.

Por fim, a análise do anexo técnico impõe outra questão relevante, acerca do papel do Estado na formulação de políticas públicas. A transferência da realização do diagnóstico situacional das microrregiões enseja o questionamento a respeito dos limites de fatiar as etapas de uma política pública, e de até onde é seguro se despir de responsabilidades estratégicas.

Nesse sentido, as decisões tomadas pelo TCM nas Tomadas de Conta n. 72.001.202.09-53 e n. 72.001.811.09-11³⁹ concluem que as atividades de diagnóstico da realidade concreta da

...

³⁹ Essas Tomadas de Contas eram referentes ao Contrato de Gestão n. 06/2008, celebrado com a SPDM, cuja ementa é “ANÁLISE. CONTRATO DE GESTÃO. DISPENSA. TERMO ADITIVO. SMS. Operacionalização da gestão, apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde. Art. 24, XXIV, Lei n. 8.666/1993. Ausência de planejamento. Fiscalização omissa. Resultado aquém do previsto. IRREGULARES. RECOMENDAÇÃO. MULTA. Votação unânime”, disponível no setor de consultas processuais do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

microrregião e o lançamento das bases das ações a serem desempenhadas pela OS deveriam ser atividades estratégicas típicas do Estado.⁴⁰

CONCLUSÃO

O arcabouço do modelo municipal das OSs de saúde é complexo e multifacetado, e guarda significativas diferenças com relação ao modelo federal da Lei n. 9.637/1998. Após a realização de análise documental sobre os contratos de gestão firmados entre OSs e a Secretaria de Saúde, concluímos que o modelo é fortemente influenciado pelas diretrizes do SUS, com submissão às suas diretrizes e aos seus princípios.

A pesquisa possibilitou-nos concluir também que o modelo das OSs não é aplicado aos serviços de saúde de forma idêntica. Embora haja homogeneidades em suas cláusulas básicas, os anexos técnicos atribuem um caráter elástico aos objetos e às metas pactuados, indicando que o modelo de OS se insere em maior ou menor grau na política de saúde a depender da escolha do gestor.

A padronização dos contratos é muito elevada, exceção feita apenas a algumas das metas presentes nos anexos técnicos se comparados a contratos de hospitais e microrregiões. Ainda assim, dentro da mesma tipologia, há muita semelhança, o que denota a existência de pouca ou nenhuma margem para negociação entre Secretaria e OS.

Por fim, os instrumentos de controle de resultados criados para o modelo são variados e a preocupação com o monitoramento dos resultados aparece bem demarcada nos ajustes celebrados pelo município. Contudo, o acompanhamento efetivo dos resultados parece ainda estar em desenvolvimento, baseado em considerável repactuação das metas programadas, sem consequências negativas (sanções) para sucessivos resultados abaixo do esperado. Aqui cabe uma reflexão sobre por que a literatura jurídica a respeito do tema das OSs considera este um modelo de sucesso. Segundo verificamos dos pareceres do órgão de controle externo e dos acompanhamentos das CAFs, os responsáveis pela sua fiscalização não sabem o que fazer quando ele fracassa.

• • •

⁴⁰ Segundo o relator Maurício Faria: “A análise do conteúdo do Anexo Técnico II – Apoio à Integração demonstra que referido diagnóstico não foi realizado pela Secretaria, uma vez que a atribuição quanto ao referido Anexo consta, paradoxalmente, como obrigação da OS, o que me faz concluir que o presente contrato foi celebrado sem que a Secretaria conhecesse a realidade concreta e específica existente na microrregião para, a partir desta apreensão da realidade local, fixar as metas a serem alcançadas pela OS, bem como os meios adequados para tanto”. Disponível em: www.tcm.sp.gov.br. Acesso em: 8 mar. 2022.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem a Odair Fernandes da Cunha Filho pelo auxílio na elaboração das tabelas deste artigo.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Direito sanitário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Instituto Pólis, 2001. p. 5-16.

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

COELHO, Vera Shattan P.; SZABZON, Felipe; DIAS, Marcelo F. Política municipal e acesso a serviços de saúde: São Paulo 2001-2012, quando as periferias ganharam mais que o centro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 100, p. 139-161, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2015.

DOURADO, Daniel de Araújo; DALLARI, Sueli Gandolfi; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. Federalismo sanitário brasileiro: perspectiva da regionalização no Sistema Único de Saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 12, n. 3, p. 10-34, 2012.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDONÇA, Maria Lírida. *Organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de Direito Administrativo*. Fortaleza: Gráfica da Universidade de Fortaleza, 2008.

MODESTO, Paulo; JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da Cunha. *Terceiro setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 7, n. 27, p. 67-93, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Relatório de Auditoria Programada. Avalia a adequação dos controles do Sistema de Controle e Avaliação de Contrato de Gestão da Secretaria Municipal da Saúde*. Ordem de Serviço n. 2013.05827.2. Tomada de Contas n. 20.143. São Paulo: SP, 12 dez. 2013.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CUNHA, Ana Carolina Navarrete Munhoz Fernandes da; AITH, Fernando Mussa Abujamra. Contratos de gestão no SUS: possibilidades de efetivação do direito à saúde. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2217. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202217>

Ana Carolina Navarrete Munhoz Fernandes da Cunha

MESTRA EM DIREITOS HUMANOS PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP) E BACHARELA EM DIREITO E EM CIÊNCIAS SOCIAIS PELA MESMA UNIVERSIDADE. COORDENADORA DO PROGRAMA DE SAÚDE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PESQUISADORA DO CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO (CEPEDISA).

ananavarrete87@gmail.com

Fernando Mussa Abujamra Aith

PROFESSOR TITULAR DO DEPARTAMENTO DE POLÍTICA, GESTÃO E SAÚDE DA FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FSP/USP). DIRETOR GERAL DO CENTRO DE PESQUISAS EM DIREITO SANITÁRIO DA USP (CEPEDISA/USP). PROFESSOR VISITANTE DA UNIVERSIDADE DE PARIS (PARIS-DESCARTES, DESDE 2014). MEMBRO ESPECIALISTA DA PLATAFORMA HARMONY WITH NATURE DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). LIVRE-DOCENTE EM TEORIA GERAL DO ESTADO PELA FACULDADE DE DIREITO

DA USP. PÓS-DOCTORADO EM DIREITO PÚBLICO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE PARIS (PANTHÉON-ASSAS). DOUTOR EM SAÚDE PÚBLICA PELA FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. MESTRE EM FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO PELA USP. POSSUI DIPLOMA DE ESTUDOS APROFUNDADOS EM DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE PELA UNIVERSIDADE DE PARIS (ST. DENNIS). GRADUADO EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA USP.

fernando.aith@usp.br

1 Universidade Federal do Ceará,
Fortaleza, Ceará, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-0479-0957>

2 Universidade Federal do Ceará,
Fortaleza, Ceará, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-6705-0676>

3 Universidade Federal do Ceará,
Fortaleza, Ceará, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-3751-8340>



A divulgação de práticas corporativas voltadas para a inclusão da população LGBTI

THE DISCLOSURE OF CORPORATE PRACTICES AIMING AT THE INCLUSION OF THE LGBTI POPULATION

Beatriz de Araújo Régio¹, Rafael Vieira de Alencar²
e Marcelle Colares Oliveira³

Resumo

No contexto de diversidade experimentado pela sociedade contemporânea e dada a presença de grupos minoritários nas organizações, especialmente a população LGBTI, destaca-se a iniciativa denominada Padrões de Conduta para Empresas (*Standards of Conduct for Business*), da Organização das Nações Unidas (ONU). O objetivo deste artigo é verificar como e em que medida as empresas que aderiram à referida iniciativa internacional estão divulgando informações referentes aos Padrões de Conduta da ONU. Para tanto, foi analisada a divulgação social de 28 empresas com sede no Brasil que aderiam a essa iniciativa, fixando, como hipótese, que as empresas signatárias dos padrões de conduta têm um alto nível de divulgação das informações sobre práticas implantadas voltadas para a inclusão da população LGBTI. Observou-se que o nível dessa divulgação das empresas estudadas foi, em média, de 22% do total de informações a serem divulgadas e que as empresas que utilizam as diretrizes da *Global Reporting Initiative* (GRI) em seus relatórios de sustentabilidade apresentaram maior nível de divulgação, assim como as sociedades anônimas e as empresas pertencentes ao setor bancário. Trata-se de trabalho seminal que contribui para a comunidade científica ao discutir o tema no contexto de divulgação voluntária de ações de Responsabilidade Social Corporativa (RSC).

Palavras-chave

Divulgação de informações sociais; Padrões de Conduta para Empresas; população LGBTI; Organização das Nações Unidas; empresas brasileiras.

Abstract

In the context of diversity experienced by contemporary society and given the presence of minority groups in organizations, especially the LGBTI population, the initiative called Standards of Conduct for Business, of the United Nations (UN), stands out. The purpose of this article is to verify how and to what extent companies that have joined the said international initiative are disseminating information regarding the UN Standards of Conduct. To this end, the social disclosure of 28 companies based in Brazil that joined the initiative was analyzed, establishing, as a hypothesis, that the signatory companies to the standards of conduct have a high level of disclosure of information on practices implemented aimed at inclusion of LGBTI population. It was observed that the level of this disclosure of the studied companies was, on average, 22% and that the companies that use the Global Reporting Initiative (GRI) guidelines in their sustainability reports presented a higher level of disclosure, as well as the limited companies and the companies belonging the banking sector. This is a seminal work that contributes to the scientific community when discussing the topic in the context of voluntary disclosure of Corporate Social Responsibility actions.

Keywords

Disclosure of social information; Standards of Conduct for Business; LGBTI population; United Nations; Brazilian companies.

INTRODUÇÃO

A inserção de grupos minoritários no mercado de trabalho tem se mostrado muito relevante para os estudos organizacionais, uma vez que o meio corporativo está em constante mudança e a sociedade vem passando por um processo de profunda complexidade, marcado, principalmente, pela heterogeneidade e pela globalização (PEREIRA e HANASHIRO, 2010).

Diante desse cenário, segundo o relatório da *International Labour Organization* (ILO), sindicatos internacionais firmaram, publicamente, o compromisso de promover os direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras lésbicas, gays, bissexuais, travestis, que são pessoas trans e intersexo (LGBTI). No mesmo sentido, verifica-se que empresas, sobretudo as multinacionais, enquanto entidades empregadoras, estão assumindo o compromisso de promoção dos direitos da população LGBTI no local de trabalho, inclusive, em muitos casos, acima dos limites exigidos pelas legislações locais dos países nos quais são sediadas. Contudo, também se constatou que, em nível nacional, os referidos direitos não são apontados como objeto da agenda de sindicatos e empregadores, sendo, raramente, mencionados em acordos objetivos (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2016).

Segundo aponta estudo realizado por Downey *et al.* (2015), a falta de esforços, no plano nacional, para promover políticas e práticas que apoiem a pauta da inclusão e da diversidade, por parte das organizações, gera como consequência desvantagem em mercados competitivos, na medida em que deixa de atrair melhores talentos.

Ao se observar o contexto interno brasileiro, percebe-se que poucas empresas nacionais inserem a diversidade na pauta de sua agenda estratégica. Um estudo com 170 empresas realizado pelo Hay Group, no Brasil, identificou que apenas 5% das empresas buscam saber como seus funcionários percebem o ambiente de diversidade no dia a dia de trabalho (HAY GROUP BRASIL, 2015).

Nesse sentido, evidencia-se a necessidade de que, cada vez mais, as empresas observem práticas de responsabilidade social, atendendo às exigências de um mercado que está progressivamente mais atento às expectativas da sociedade.

Diante de tal cenário, diversas organizações internacionais têm buscado incentivar a não discriminação sexual nas empresas. Entre as iniciativas, destaca-se a denominada *Standards of Conduct for Business* (Padrões de Conduta para Empresas), originada da campanha ONU Livres & Iguais, desenvolvida pelo escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e lançada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2017 (ONU, 2017).

A campanha ONU Livres & Iguais baseia-se no resultado de uma série de consultas regionais realizadas em 2016 e 2017, em Mumbai, Nova York, Kampala e Bruxelas (ONU, 2017) e os Padrões de Conduta para Empresas buscam promover a igualdade de LGBTI, sigla presente no citado documento da ONU e que será utilizada neste artigo para se referir às pessoas que não se enquadram como heterossexuais ou cisgêneras (algumas variações da sigla

surgiram ao longo dos anos para incluir as mais diversas orientações sexuais e identidades de gênero, como LGBTQ, LGBTQI, LGBTQIA, LGBTQIAPN, LGBTQIAP+).

Os Padrões de Conduta para Empresas, se analisados em uma linha do tempo, são uma evolução da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; do Pacto Global da ONU, de 2000; e dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, de 2011; relacionando-se, o primeiro, mais especificamente ao combate à discriminação contra pessoas LGBTI (ONU, 2017).

Resumidamente, são cinco os Padrões de Conduta para Empresas:

1. Respeitar os direitos humanos (em todas as ocasiões).
2. Eliminar a discriminação.
3. Apoiar (no local de trabalho).
4. Prevenir outras violações de direitos humanos (no mercado).
5. Agir na esfera pública (na comunidade).

No próximo tópico, as práticas que a ONU recomenda que sejam adotadas e divulgadas acerca desses padrões serão apresentadas em detalhes.

A *Global Reporting Initiative* (GRI) é outra organização internacional, com sede em Amsterdã, cuja missão é dar suporte às empresas no tocante aos seus impactos relativos às suas responsabilidades – social, ambiental e econômica; fornecendo diretrizes globais para comunicação desses impactos. Atualmente, é a organização responsável pelos padrões para relatório de sustentabilidade mais amplamente usados no mundo – as Diretrizes GRI (*the GRI Standards*) (GLOBAL REPORTING INITIATIVE, 2020).

A GRI foi fundada em 1997, em uma iniciativa pioneira do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, da Ceres (organização sem fins lucrativos de defesa da sustentabilidade, com sede em Boston, Estados Unidos) e do Instituto Tellus (organização interdisciplinar de pesquisa e política, sem fins lucrativos, com sede em Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos), com o objetivo de propor padrões para relatório de sustentabilidade.

Em 2000, foi divulgada a versão G1 do padrão de relatório; em 2002, a versão G2; em 2006, a terceira geração, G3; em 2008, lançou-se o padrão de relatório para o setor financeiro; em 2011, a versão G3.1; em 2013; a quarta geração, G4; e, em 2016, a versão atual, as Diretrizes GRI (*the GRI Standards*). Ao longo desses anos, essas versões do padrão para relatório de sustentabilidade desenvolveram-se para acompanhar a evolução do ambiente de negócios e as demandas dos usuários desses relatórios (empresas, governos, organizações em geral).

Na versão atual (*GRI Standards*), observam-se indicadores referentes à divulgação de informações empresariais relativas às práticas voltadas para a não discriminação da população LGBTI e para a inclusão da diversidade (de gênero, idade, capacidade física/mental, orientação sexual e crença religiosa, bem como classe social, educação, nacionalidade e idioma). Neste artigo será

feita uma associação entre os Padrões de Conduta para Empresas e as *GRI Standards* relativas ao tema em questão.

Considerando a realidade exposta e a falta de trabalhos científicos acerca da temática envolvendo melhores práticas corporativas, a população LGBTI e o nível de divulgação de práticas de Responsabilidade Social Empresarial voltadas para a não discriminação e para a inclusão dessa população, estabeleceu-se, no presente artigo, a seguinte questão de pesquisa: Qual o nível de divulgação das práticas relativas à não discriminação e à inclusão LGBTI por empresas brasileiras que aderiram aos Padrões de Conduta para Empresas estabelecidos pela ONU?

O objetivo geral do estudo é verificar como e em que medida as empresas brasileiras que aderiram à referida iniciativa internacional estão divulgando informações sobre as práticas adotadas propugnadas nos Padrões de Conduta para Empresas da ONU; e, como objetivos específicos, estabeleceu-se: i) analisar a divulgação corporativa de práticas voltadas para a não discriminação e para a inclusão LGBTI, por meio da associação dos Padrões de Conduta para Empresas da ONU com os indicadores das Diretrizes da GRI; ii) aferir o nível de divulgação das práticas relativas à não discriminação e à inclusão LGBTI, por padrão de conduta; iii) sistematizar a divulgação de informação social por indicador da GRI; iv) verificar o nível de divulgação, por instrumento utilizado, e por tipo societário; e, por fim, v) apontar o nível de divulgação das entidades por setor.

O trabalho utilizou-se das Diretrizes da GRI, *GRI Standards* (versão mais atual), para parametrizar, de forma objetiva, o nível de divulgação das informações sociais relativas aos Padrões de Conduta para Empresas da ONU. Diante disso, o recorte de objeto do estudo contemplou as empresas brasileiras que aderiram formalmente compromisso com a ONU pelos direitos humanos da população LGBTI. Assim, o presente estudo estabeleceu como hipótese que as empresas signatárias dos Padrões de Conduta para Empresas da ONU têm um elevado nível de divulgação das informações sobre práticas implantadas voltadas para a promoção dos direitos LGBTI no ambiente corporativo.

Mostra-se, de igual forma, pertinente destacar que este artigo apresenta temática inédita, visto que não são encontrados, no Brasil, estudos acerca da divulgação social de práticas empresariais voltadas para a não discriminação e para a inclusão LGBTI e que utilizem as orientações da ONU e os indicadores da GRI como parâmetros. Soma-se a tal aspecto, o fato de que, a maioria das políticas públicas direcionadas a travestis e transexuais, é voltada, prioritariamente, para a prevenção de doenças e para o combate da exploração sexual, e não a políticas de inclusão educacionais e de trabalho (ANDRADE, 2012, p. 226).

1. REFERENCIAL TEÓRICO

1.1. PADRÕES DE CONDUTA PARA EMPRESAS DA ONU

Os Padrões de Conduta para Empresas da ONU baseiam-se em princípios internacionais de

direitos humanos existentes, com sólido embasamento empírico, na medida em que se fundamentam em boas práticas já adotadas em empresas responsáveis (ONU, 2017).

Segundo Zeid Ra'ad Al Hussein, Alto Comissário de Direitos Humanos da ONU, os Padrões de Conduta fundamentam-se tanto nos Princípios Orientadores da ONU quanto no Pacto Global da ONU e oferecem orientação às empresas sobre como cumprir sua responsabilidade de respeitar os direitos de todos, incluindo, nesse contexto, os direitos de LGBTI (ONU, 2017). Cumprir esses parâmetros significa tratar pessoas LGBTI de maneira justa no local de trabalho, bem como analisar as práticas comerciais de toda a cadeia produtiva, para garantir que a discriminação seja enfrentada em todos esses momentos (ONU, 2017).

Nesse contexto, destaca a Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos, Navi Pillay:

A extensão dos mesmos direitos usufruídos por todos para pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBTI) não é radical e nem complicado. Ela apoia-se em dois princípios fundamentais que sustentam o regime internacional de direitos humanos: igualdade e não discriminação. As palavras de abertura da Declaração Universal dos Direitos dos Humanos são inequívocas: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. (ONU, 2012)

Segundo relatório da ONU, os cinco padrões de conduta, elencados no Quadro 1, funcionam como guia e oferecem orientação prática para empresas sobre como respeitar e apoiar os direitos de pessoas LGBTI em todas as ocasiões, no local de trabalho, no mercado e na comunidade.

QUADRO 1 – OS CINCO PADRÕES DE CONDUTA

| DELIMITAÇÃO | DESCRIÇÃO |
|----------------------|---|
| EM TODAS AS OCASIÕES | 1. RESPEITAR OS DIREITOS HUMANOS. TODAS AS EMPRESAS SÃO RESPONSÁVEIS POR RESPEITAR OS DIREITOS HUMANOS – INCLUINDO OS DIREITOS DE PESSOAS LGBTI – EM SUAS OPERAÇÕES E RELAÇÕES COMERCIAIS. ESPERA-SE QUE AS EMPRESAS DESENVOLVAM POLÍTICAS, CONDUZAM PROCESSOS DE DEVIDA DILIGÊNCIA E, EM CASOS EM QUE SUAS DECISÕES OU ATIVIDADES TENHAM AFETADO ADVERSAMENTE O GOZO DE DIREITOS HUMANOS, REMEDEIEM ESSES IMPACTOS. ELAS TAMBÉM DEVEM ESTABELECEM MECANISMOS PARA MONITORAR E COMUNICAR O CUMPRIMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS. NOS LOCAIS ONDE NÍVEIS MAIORES DE VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS DE PESSOAS LGBTI TIVEREM SIDO REGISTRADOS, INCLUSIVE EM PAÍSES COM LEIS E PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS, AS EMPRESAS PRECISARÃO REALIZAR UM PROCESSO DE DEVIDA DILIGÊNCIA MAIS EXTENSO PARA GARANTIR QUE ELAS RESPEITEM OS DIREITOS DE PESSOAS LGBTI. |

(continua)

| DELIMITAÇÃO | DESCRIÇÃO |
|----------------------|--|
| NO LOCAL DE TRABALHO | <p>2. ELIMINAR A DISCRIMINAÇÃO. FUNCIONÁRIOS E OUTRAS PESSOAS COM AS QUAIS A EMPRESA INTERAGE TÊM DIREITO A SEREM LIVRES DE DISCRIMINAÇÃO. AS EMPRESAS DEVEM GARANTIR QUE NÃO HAJA DISCRIMINAÇÃO NO RECRUTAMENTO, NA CONTRATAÇÃO, NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO, NOS BENEFÍCIOS, NO RESPEITO À PRIVACIDADE OU NO TRATAMENTO DE SITUAÇÕES DE ASSÉDIO.</p> <p>3. APOIAR. INDIVÍDUOS LGBTI SÃO FUNCIONÁRIOS, GERENTES, EMPRESÁRIOS, CLIENTES E MEMBROS DA COMUNIDADE, ENTRE OUTROS, PORÉM MUITOS DELES AINDA ENFRENTAM ENORMES OBSTÁCULOS PARA SEREM ACEITOS E INCLUÍDOS NO AMBIENTE DE TRABALHO. ESPERA-SE QUE AS EMPRESAS PROPORCIONEM UM AMBIENTE POSITIVO E AFIRMATIVO PARA QUE FUNCIONÁRIOS LGBTI POSSAM TRABALHAR COM DIGNIDADE E SEM ESTIGMA. ESTE PADRÃO REQUER QUE AS EMPRESAS VÃO ALÉM DOS BENEFÍCIOS IGUALITÁRIOS E TOMEM MEDIDAS PARA GARANTIR A INCLUSÃO, INCLUSIVE ABORDANDO AS NECESSIDADES ESPECÍFICAS DAS PESSOAS LGBTI NO AMBIENTE DE TRABALHO.</p> |
| NO MERCADO | <p>4. PREVENIR OUTRAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS. AS EMPRESAS DEVEM GARANTIR QUE ELAS NÃO DISCRIMINEM FORNECEDORES, DISTRIBUIDORES OU CLIENTES LGBTI NO ACESSO AOS SEUS PRODUTOS E/OU SERVIÇOS. EM SUAS RELAÇÕES COMERCIAIS, AS EMPRESAS TAMBÉM DEVEM GARANTIR QUE SEUS PARCEIROS COMERCIAIS NÃO PRATIQUEM DISCRIMINAÇÃO. QUANDO UM PARCEIRO COMERCIAL DISCRIMINAR PESSOAS LGBTI, AS EMPRESAS DEVEM USAR SUA INFLUÊNCIA PARA BUSCAR IMPEDIR O ATO DISCRIMINATÓRIO. ISSO SIGNIFICA IR ALÉM DE EVITAR A DISCRIMINAÇÃO PARA ABORDAR QUESTÕES DE VIOLÊNCIA, BULLYING, INTIMIDAÇÃO, MAUS TRATOS, INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA E OUTROS ABUSOS CONTRA PESSOAS LGBTI NOS QUAIS UMA EMPRESA POSSA ESTAR ENVOLVIDA ATRAVÉS DE SEUS PRODUTOS, SERVIÇOS OU RELAÇÕES COMERCIAIS. AS EMPRESAS TAMBÉM DEVEM GARANTIR QUE ELAS CONCEDAM A CLIENTES LGBTI ACESSO A PRODUTOS E SERVIÇOS.</p> |
| NA COMUNIDADE | <p>5. AGIR NA ESFERA PÚBLICA. AS EMPRESAS SÃO INCENTIVADAS A USAR SUA INFLUÊNCIA PARA CONTRIBUIR COM O FIM DOS ABUSOS CONTRA DIREITOS HUMANOS NOS PAÍSES ONDE ATUAM. AO FAZER ISSO, ELAS DEVEM CONSULTAR DE PERTO AS COMUNIDADES E ORGANIZAÇÕES LOCAIS PARA IDENTIFICAR QUE ABORDAGENS CONSTRUTIVAS ELAS PODEM APLICAR EM CONTEXTOS EM QUE AS ESTRUTURAS LEGAIS E AS PRÁTICAS EXISTENTES VIOLAM OS DIREITOS HUMANOS DE PESSOAS LGBTI. ESSAS MEDIDAS PODEM INCLUIR INCIDÊNCIA NO DEBATE PÚBLICO, AÇÕES COLETIVAS, DIÁLOGO SOCIAL E APOIO FINANCEIRO E EM ESPÉCIE PARA ORGANIZAÇÕES QUE PROMOVEM OS DIREITOS DE PESSOAS LGBTI E QUESTIONAM A VALIDADE OU A IMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES GOVERNAMENTAIS ABUSIVAS. AS EMPRESAS PRECISARÃO REALIZAR UM PROCESSO DE DEVIDA DILIGÊNCIA MAIS EXTENSO PARA GARANTIR QUE ELAS RESPEITEM OS DIREITOS DE PESSOAS LGBTI ONDE NÍVEIS MAIORES DE VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS TIVEREM SIDO REGISTRADOS, INCLUSIVE EM PAÍSES COM LEIS E PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS.</p> |

Fonte: Padrões de Conduta para Empresas (ONU, 2017).

Cumprir destacar que a adesão de gestores ao compromisso com os Padrões de Conduta é voluntária e gratuita. Não há penalidades previstas para o não cumprimento dos compromissos assumidos pelas organizações, porém várias publicações de pesquisas apontam que colaboradores que percebem a diversidade como um ponto positivo dentro da empresa são mais motivados, entendendo que, ao se esforçarem mais, trazem um ganho para a companhia e para seu desempenho individual (HAY GROUP, 2015).

1.2. A IMPORTÂNCIA E OS EFEITOS DE UMA EMPRESA SOCIALMENTE RESPONSÁVEL

De acordo com Gomes e Moretti (2007), a ideia central de responsabilidade social das empresas surge em um trabalho de Charles Eliot, em 1906, nos Estados Unidos, entretanto, a proposta não mobilizou as organizações sobre a temática. No entanto, ainda sobre o mapeamento das origens históricas, tradicionalmente, destaca-se como paradigma a obra *Responsibility of the Businessman*, de Howard Bowen, lançada em 1953, na qual o autor propôs uma base para que executivos possam considerar assuntos sociais como parte do planejamento estratégico e da tomada de decisões gerenciais (CAMARGO, 2009).

Realizando uma revisão histórica acerca da responsabilidade social, Godói-de-Sousa (2009) destaca que, em um primeiro plano, a responsabilidade social corporativa (RSC) era sinônimo de caridade, visão influenciada pelo aporte de recursos financeiros nas entidades religiosas. Com o passar do tempo, as práticas de RSC transformaram-se em formas mais objetivas de pensar os problemas sociais, o que muitos consideravam filantropia organizada. Segundo Ashley (2003), a RSC é uma das principais estratégias para alavancar o crescimento da empresa. Já para Maximiano (2006), o princípio da responsabilidade social baseia-se na premissa de que organizações são instituições sociais que existem com autorização da sociedade, utilizam seus recursos e afetam sua qualidade de vida.

É importante destacar que há dois enfoques principais a respeito da responsabilidade social, por um lado, a visão econômica clássica, difundida por Milton Friedman, na qual o principal objetivo da organização é auferir lucros máximos, com custos mínimos, buscando responder às expectativas dos investidores e respeitando a economia do livre mercado (ASHLEY, 2003). Por outro lado, para a visão socioeconômica, os objetivos das organizações devem estar ligados não apenas ao lucro, mas também ao bem-estar social. Esse modelo, defendido pelo economista Paul Samuelson, estabelece-se na captação de lucros em longo prazo, na melhor imagem da companhia junto ao público, em menor regulamentação para os negócios, na ampliação das obrigações de caráter social, no desenvolvimento de um ambiente melhor de trabalho e, por fim, na melhora do atendimento ao público (SERPA e FOURNEAU, 2007).

Nota-se, dessa forma, que no contexto econômico atual, elaborar um produto de qualidade já não é mais um fator suficiente para a manutenção da competitividade de uma empresa, visto que o mercado vem sofrendo grandes modificações no âmbito político, social ou cultural, isso significa que o consumidor está cada dia mais atento à postura, aos ideais e ao engajamento das organizações (TREVISAN, 2002).

Dessa maneira, pode-se dizer que, ao se adotar um modelo de gestão baseado na responsabilidade social, tanto a sociedade quanto as partes diretamente envolvidas com a organização obtêm benefícios, pois tal modelo resgata valores que respeitam os interesses de todos os envolvidos (GOMES e MORETTI, 2007).

Assim, constata-se que a responsabilidade social envolve uma gestão mais transparente e ética, na qual as preocupações sociais e ambientais são consideradas nas decisões e nos resultados da empresa. Assim, mais responsabilidade socioambiental pode ser uma alternativa de diferenciação para a empresa, tornando-a mais competitiva, na mesma medida em que amplia os interesses dos acionistas nessas ações (OLIVEIRA, 2005).

Para estruturar o objeto de estudo tratado neste tópico, utilizou-se, entre outras, a conceituação adotada pelo Instituto Ethos, instituição brasileira criada em julho de 1998, cujo objetivo é implementar o conceito de ética e responsabilidade social no meio empresarial. Tal entidade conta, atualmente, com mais de 430 empresas associadas, sendo 274 delas localizadas em São Paulo, estado que conta com o maior número de empresas associadas.

Na visão do instituto, responsabilidade social é:

[...] a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para gerações futuras, respeitando a diversidade e a redução das desigualdades sociais. (INSTITUTO ETHOS, 2007, p. 5)

Já Barbieri e Cajazeira (2009) apontam que a direção de uma empresa socialmente responsável é uma das várias maneiras de orientar uma organização, dado que tais ações impactam, direta ou indiretamente, a vida das pessoas. De acordo com esses autores, responsabilidade social é quando se age de forma a se preocupar com a qualidade das ações perante os demais.

No contexto brasileiro, em 2010, foi publicada a *International Organization for Standardization* (ISO) 26000 – Diretrizes sobre Responsabilidade Social. Tal norma aborda diretrizes de uso voluntário e sem certificação. Vale ressaltar que a norma Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) NBR 16001, obrigatória, foi atualizada à luz das diretrizes internacionais da ISO 26000 (INMETRO, 2016).

Para a ISO 26000, responsabilidade social é definida como:

[...] responsabilidade de uma organização pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente, por meio de um comportamento ético e transparente e que: contribua para o desenvolvimento sustentável, inclusive a saúde e bem-estar da sociedade; leve em consideração as expectativas das partes interessadas; esteja em conformidade com a legislação aplicável e seja consistente com normas internacionais

de comportamento; esteja integrado em toda a organização e seja praticada em suas relações. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2010)

Dessa maneira, a cartilha “Compreendendo a Responsabilidade Social – ISO 26000 e ABNT NBR 16001” é uma realização do Ministério do Meio Ambiente em parceria com o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), com a ABNT e com o Fórum Governamental de Responsabilidade Social. A cartilha traz sete princípios básicos da responsabilidade social que se encontram estabelecidos nas normas internacionais e brasileiras, conforme se observa no Quadro 2.

QUADRO 2 – SETE PRINCÍPIOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

| PRINCÍPIOS-BASE | DESCRIÇÃO |
|--|--|
| PRINCÍPIO 1: ACCOUNTABILITY OU RESPONSABILIZAÇÃO | ACEITAR E ASSUMIR A RESPONSABILIDADE PELAS CONSEQUÊNCIAS DE AÇÕES E DECISÕES, PRESTAR CONTAS ÀS PARTES INTERESSADAS. |
| PRINCÍPIO 2: TRANSPARÊNCIA | PROVER, ÀS PARTES INTERESSADAS, INFORMAÇÕES CLARAS, OBJETIVAS, COMPREENSÍVEIS E ACESSÍVEIS SOBRE DADOS E FATOS QUE POSSAM AFETÁ-LAS. |
| PRINCÍPIO 3: COMPORTAMENTO ÉTICO | AGIR DE MODO CORRETO, COM BASE NOS VALORES DA HONESTIDADE, EQUIDADE E INTEGRIDADE – PERANTE PESSOAS, ANIMAIS E MEIO AMBIENTE – E QUE SEJA CONSISTENTE COM AS NORMAS INTERNACIONAIS DE COMPORTAMENTO. |
| PRINCÍPIO 4: RESPEITO PELOS INTERESSES DAS PARTES INTERESSADAS | RESPEITAR, CONSIDERAR E RESPONDER AOS INTERESSES DAS PARTES INTERESSADAS. PARTE INTERESSADA (TAMBÉM USADO O TERMO EM INGLÊS <i>STAKEHOLDER</i>) PODE SER QUALQUER INDIVÍDUO OU GRUPO QUE TENHA INTERESSE EM QUALQUER DECISÃO OU ATIVIDADE DE UMA ORGANIZAÇÃO. |
| PRINCÍPIO 5: RESPEITO PELO ESTADO DE DIREITO | OBEDECER A TODAS AS LEIS E REGULAMENTOS APLICÁVEIS NO LOCAL ONDE SE ESTÁ OPERANDO. |
| PRINCÍPIO 6: RESPEITO PELAS NORMAS INTERNACIONAIS DE COMPORTAMENTO | BUSCAR ADOPTAR PRECEITOS ESTABELECIDOS EM ACORDOS INTERNACIONAIS RELATIVOS À RESPONSABILIDADE SOCIAL, MESMO QUE NÃO HAJA OBRIGAÇÃO LEGAL NO LOCAL ONDE SE ESTÁ OPERANDO. |
| PRINCÍPIO 7: RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS | RESPEITAR OS DIREITOS HUMANOS E RECONHECER SUA IMPORTÂNCIA E SUA UNIVERSALIDADE (ISTO É, SÃO APLICÁVEIS EM TODOS OS PAÍSES, CULTURAS E SITUAÇÕES DE FORMA UNÍVOCA), ASSEGURANDO-SE QUE AS ATIVIDADES DA ORGANIZAÇÃO NÃO OS AGRIDAM DIRETA OU INDIRETAMENTE. |

Fonte: INMETRO (2016).

De acordo com Melo Neto e Froes (2001), a RSC, quando gerenciada de forma consistente e inteligente pelas empresas, tende a contribuir com a geração de sustentabilidade e com o desempenho empresarial. A partir do reforço à sua imagem, a empresa fica mais conhecida e, por conseguinte, vende mais; seus produtos e sua marca tornam-se mais conhecidos e aceitos e as partes envolvidas nesses processos valorizam mais a organização. Desse modo, é possível notar que a boa gestão da RSC causa impactos positivos não apenas à própria sociedade, mas às organizações como um todo.

Para Serpa e Fourneau (2007), os principais critérios que são levados em consideração ao avaliar a compra de um produto são o preço, a qualidade e a familiaridade com a marca. Mesmo aos consumidores mais conscientes de seus direitos, muitas vezes faltam informações suficientes para que possam classificar as empresas como socialmente responsáveis. Diante desse fato, fica evidente que ações de responsabilidade social criam um contexto geral favorável, dentro do qual o consumidor constrói sua avaliação ao escolher um produto.

Diante dos conceitos abordados anteriormente, percebe-se que a definição de responsabilidade social é bastante difundida e dinâmica. Dessa forma, a discussão sobre o assunto vem sendo incorporada em diversos campos, tendo em vista a procura por um comportamento mais ético e comprometido com o meio social.

Observa-se, portanto, um movimento cada vez maior das organizações no sentido de promover práticas compatíveis com tais responsabilidades. Nesse processo, a ONU tem desempenhado importante papel na promoção de iniciativas ambientais, sociais, econômicas e políticas; fazendo parte desse escopo os direitos humanos e, conseqüentemente, a não discriminação e a inclusão LGBTI.

1.3. A POPULAÇÃO LGBTI NO MEIO CORPORATIVO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu artigo 5º, afirma que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988). Contudo, a partir da observação do cotidiano brasileiro, a norma nem sempre representa um reflexo da realidade. Como exemplo disso, pode-se citar o fato de que, na sociedade brasileira, gays, lésbicas, bissexuais, transexuais ainda sofrem preconceitos de todo tipo, inclusive no meio corporativo, conforme se pode observar a seguir.

Segundo Costa (2007, p. 98), as práticas discriminatórias relacionadas a aspectos da sexualidade ocorrem de forma banalizada no ambiente laboral, corroborando a falsa ideia de que as empresas não têm responsabilidade por tais atos discriminatórios praticados contra seus funcionários.

Em outro estudo, Colling (2015) pontua que a mera existência de leis no plano abstrato não consegue, por si só, modificar as práticas discriminatórias e preconceituosas, sendo necessárias, também, modificações culturais aliadas a políticas estatais voltadas para a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Nesse sentido, Mor Barak (2008) e Roberson (2006) definem que a inclusão no contexto empresarial pode ser representada pelo sentimento de pertencimento dos colaboradores nos processos organizacionais. Diante desse aspecto, funcionários, especialmente integrantes de grupos minoritários, relatam que na medida em que se sentem excluídos dos processos organizacionais identificam, também, menor nível de compromisso organizacional por parte das empresas (FINDLER, WIND e MOR BARAK, 2007).

Por sua vez, Griffith (2002), Griffith e Vaitkus (1999) e Sinclair e Tucker (2006) apontam que o desconforto de muitos profissionais em divulgar sua orientação sexual no ambiente laboral decorre do medo de ser alvo de preconceitos, o que representa fator particularmente prejudicial em organizações nas quais há maior nível de conexão interpessoal, suporte e confiança entre os membros.

Por tais razões, nota-se a importância de um ambiente organizacional capaz de promover uma cultura de respeito e no qual os colaboradores sintam confiança. Dessa maneira, por entender que as corporações precisam se posicionar de forma ativa com relação à diversidade, foi feito um levantamento intitulado “Demitindo preconceitos: por que as empresas precisam sair do armário”, pela empresa de consultoria Santo Caos (SANTO CAOS, 2015). O estudo envolveu 230 entrevistados, entre ativistas, especialistas (psicólogos, psiquiatras, advogados) e profissionais LGBTI. Entre os entrevistados, 47% afirmaram declarar sua orientação sexual no trabalho e 53% afirmaram não declarar ou declarar somente para pessoas próximas.

Na referida pesquisa foram apontados como motivos para não declaração: o medo de discriminação, de demissão ou de gerar dúvida sobre a capacidade profissional e a falta de intimidade. O estudo também aponta que 40% dos entrevistados já sofreram discriminação pela orientação sexual no trabalho e, entre as principais situações, destacam-se fofocas, assédio moral, piadas sem consentimento por superiores ou colegas e exclusão por parte da equipe de trabalho (SANTO CAOS, 2015).

Acerca da temática, Golembiewski (1995) e Henderson (1994) identificaram que programas de conscientização da diversidade empresarial ensinam que atitudes preconceituosas, se praticadas, causam efeitos prejudiciais e, muitas vezes, destrutivos sobre as pessoas que são alvo da discriminação, e os resultados econômicos organizacionais também são afetados.

Ratificando o impacto econômico decorrente das políticas de inclusão, a empresa americana de consultoria McKinsey realizou estudo no qual avaliou mais de mil empresas, em 12 países distintos, demonstrando em seus resultados que as organizações que se preocupavam com a diversidade de gênero, por exemplo, eram 21% mais lucrativas do que as que não tinham essa preocupação. Quando a questão envolvia raça, etnia e outras diferenças culturais, a lucratividade era 33% maior (HUNT *et al.*, 2018).

Em outra pesquisa, a empresa de consultoria Hay Group do Brasil (2015) constatou que aproximadamente 76% dos funcionários das empresas que se preocupam com a diversidade reconhecem que têm espaço para expor suas ideias e inovar no trabalho. Já nas empresas que não têm a diversidade como pauta na agenda, esse número cai para 55%, o que evidencia a

importância de políticas corporativas concretas para a inclusão de minorias no mercado de trabalho (HAY GROUP, 2015).

Tais medidas também podem ser confirmadas quando se observa o espectro supranacional. O *State Sponsored Homophobia Report*, escrito por Aengus Carroll e publicado pela Associação Internacional de Gays e Lésbicas (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association – ILGA*), constatou que 71 países (38% dos países das Nações Unidas) proíbem a discriminação no emprego com base na orientação sexual (CARROLL, 2016, p. 42); 14 países (7% dos países das Nações Unidas) possuem proibição constitucional com base na orientação sexual (CARROLL, 2016, p. 44); 39 países (20% dos países das Nações Unidas) têm outras disposições de não discriminação que especificam a orientação sexual (CARROLL, 2016, p. 46).

Outro projeto, intitulado PRIDE, da *International Labour Organization* (2016), demonstrou que pessoas LGBTI que vivenciam condutas discriminatórias na educação sofrem dificuldades na perspectiva de emprego. A discriminação na contratação e em todo ciclo do emprego pode resultar em trabalhadores LGBTI intimidados, assediados e agredidos sexualmente ou fisicamente, conforme se observa:

Mesmo em ambientes de trabalho relativamente “tolerantes” os trabalhadores LGBTI costumam ser classificados como adequados para algumas ocupações e não para outras. Por exemplo, na Argentina, gays relataram terem sido incentivados a trabalhar em call centers e em atendimento ao cliente e desencorajados de trabalhar no setor de mineração. Da mesma forma, na Tailândia, as mulheres transexuais relataram maior aceitação no entretenimento ou serviços industriais. Na Indonésia, o Ministério de Assuntos Sociais oferece programas de treinamento em costura e beleza para pessoas trans. Na Índia, setores criativos, de moda, produção de TV e publicidade, são mais abertos para pessoas LGBTI. Muitas pessoas LGBTI ficam longe do emprego formal, assumindo trabalho freelance ou informal. (CARROLL, 2016)

Diante dos fatos mencionados, fica clara a importância de acompanhar a divulgação das práticas de responsabilidade social nas empresas – que englobam aspectos econômicos, ambientais e sociais – para verificar se, de fato, medidas estão sendo tomadas a respeito da não discriminação e inclusão LGBTI.

1.4. INSTRUMENTOS DE DIVULGAÇÃO DE PRÁTICAS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA

Atualmente, para além dos relatórios econômico-financeiros, a demanda por relatórios sociais ou relatórios de sustentabilidade, terminologia essa atualmente bastante difundida no meio empresarial, evidencia o interesse por um novo tipo de informação no desenvolvimento das atividades das organizações. Tal interesse é um fator importante que impulsiona o surgimento de novos tipos de informação, notadamente acerca da atuação na tripla

perspectiva: econômica, ambiental e social (DE LARA BUENO, 2006; GÓMEZ e LABURU, 2006; AECA, 2010).

Portanto, o interesse empresarial em divulgar o comprometimento com práticas de RSC faz com que a quantidade de informações disponibilizadas publicamente aumente gradativamente.

A complexidade da economia moderna ampliou os grupos que têm interesses legítimos no desempenho das empresas e, dessa maneira, exige-se que as informações divulgadas por elas atendam a diferentes usuários, não somente investidores (HENDRIKSEN e BREDA, 1999).

No Brasil, a maior parte das informações relativas às atividades sociais das empresas ainda hoje é divulgada de maneira voluntária. Contudo, a simples divulgação de notícias em *sites* sobre a existência de políticas e programas sociais, sem a evidenciação dos fatos, não comprova o comprometimento nem dimensiona as ações sociais da organização junto aos diferentes públicos (MILANI FILHO, 2008).

Diante desse contexto, no final dos anos 1990 e início dos anos 2000, com o objetivo de diminuir a assimetria informacional, surgiram alguns instrumentos de divulgação e certificação, por exemplo, o balanço social (uma das terminologias utilizadas para o que, atualmente, conhece-se por relatório de sustentabilidade).

No Brasil, nesse período, várias instituições propuseram modelos de relatórios ambientais e socioeconômicos, entre elas, o Instituto Ethos e o Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE). Os modelos dessas instituições eram estruturados para que as empresas divulgassem informações relevantes sobre seus relacionamentos com os públicos interno e externo, servindo-se de dados financeiros e não financeiros e pautando-se pelas dimensões da *Tripple Bottom Line* (econômica, social e ambiental) (MILANI FILHO, 2008).

O relatório de sustentabilidade é uma ferramenta que reúne tanto informações econômico-financeiras quanto sociais, ambientais e de desempenho das entidades, consolidando-as, de forma clara e transparente, aos mais diferentes usuários. Nessa ferramenta, são evidenciadas diversas informações, tanto de natureza quantitativa quanto qualitativa, que revelam a responsabilidade das organizações perante a sociedade e permitem avaliar os efeitos das atividades empresariais sobre o meio ambiente em que atuam (MAZZIONI, TINOCO e OLIVEIRA, 2007). No âmbito internacional, a GRI – que dá suporte a empresas e governos, em todo o mundo, ajuda a entender e comunicar seu impacto sobre questões críticas de sustentabilidade, como mudanças climáticas, direitos humanos, governança e bem-estar social – utiliza modelo mais completo e abrangente. Isso permite uma ação real para criar benefícios sociais, ambientais e econômicos a todos. Os Padrões de Relatórios de Sustentabilidade da GRI são desenvolvidos com a contribuição das partes verdadeiramente interessadas e são voltados, sobretudo, para o interesse público, além de serem os mais utilizados pela maioria das empresas em todo o mundo (GLOBAL REPORTING INITIATIVE, 2020), inclusive no Brasil.

Com o passar dos anos, a GRI foi sendo atualizada e novas versões surgiram. O primeiro conjunto de diretrizes foi proposto nos anos 2000, denominado G1. Posteriormente, duas

versões foram lançadas, em 2002 (G2) e em 2006 (G3). Em 2011, foi lançada uma atualização da G3, a G3.1. Já no ano de 2013 foi lançada a G4. Por último, em 2016, as Diretrizes GRI, que substituíram a versão G4 a partir de 30 de junho de 2018 e está vigente até o presente momento (GLOBAL REPORTING INITIATIVE, 2020).

É possível identificar o alinhamento entre os Padrões de Conduta para Empresas da ONU e os indicadores das *GRI Standards*, voltados para a não discriminação dos LGBTI dentro e fora das organizações (o Quadro 3 ilustra esse alinhamento). As *GRI Standards* diferenciam-se das anteriores (G4) por ter uma estrutura mais simples e flexível, requisitos mais claros e uma linguagem mais simplificada.

QUADRO 3 – ALINHAMENTO ENTRE OS PADRÕES DE CONDUTA PARA EMPRESAS E OS INDICADORES DAS *GRI STANDARDS*

| PADRÕES DE CONDUTA PARA EMPRESAS | INDICADOR DA GRI G4 | INDICADOR DAS <i>GRI STANDARDS</i> |
|----------------------------------|--------------------------|------------------------------------|
| PADRÃO 1 | G4-DMA / G4-HR2 / G4-HR1 | 412-1 / 412-2 / 412-3 |
| PADRÃO 2 | G4-LA12 / G4-LA1 | 401-1 / 405-1 |
| PADRÃO 3 | G4-HR3 | 406-1 |
| PADRÃO 4 | G4-DMA/ G4-S09 | 103 / 414-1 |
| PADRÃO 5 | G4-S01 | 413-1 |

Fonte: Elaborado pelos autores com base nos Padrões de Conduta para Empresas e nos GRI-G4 e *GRI Standards*.

No Quadro 4, constam os indicadores das *GRI Standards* referentes a aspectos a serem divulgados em relação aos Padrões de Conduta para Empresas.

QUADRO 4 – INDICADORES DA GRI RELACIONADOS AOS PADRÕES DE CONDUTA PARA EMPRESAS

| INDICADOR (GRI G4) | INDICADOR (GRI STANDARDS) | DESCRIÇÃO |
|--------------------|---------------------------|--|
| G4-DMA | 412-1 | NÚMERO TOTAL E PORCENTAGEM DE OPERAÇÕES QUE FORAM SUJEITAS A REVISÕES DE DIREITOS HUMANOS OU AVALIAÇÕES DE IMPACTO DE DIREITOS HUMANOS, POR PAÍS. |
| G4-HR2 | 412-2 | DESCRIÇÃO DE POLÍTICAS E PRÁTICAS QUE PROMOVAM TREINAMENTOS REFERENTES A DIREITOS HUMANOS. |
| G4-HR1 | 412-3 | NÚMERO TOTAL E PORCENTAGEM DE ACORDOS E CONTRATOS DE INVESTIMENTO SIGNIFICATIVOS QUE INCLUEM CLÁUSULAS DE DIREITOS HUMANOS OU QUE FORAM SUBMETIDOS A UMA TRIAGEM DE DIREITOS HUMANOS. A DEFINIÇÃO USADA PARA “ACORDOS DE INVESTIMENTO SIGNIFICATIVOS”. |
| G4-LA12 | 405-1 | COMPOSIÇÃO DOS GRUPOS RESPONSÁVEIS PELA GOVERNANÇA E DISCRIMINAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS POR CATEGORIA FUNCIONAL. |
| G4-LA1 | 401-1 | NÚMERO TOTAL E TAXA DE NOVAS CONTRATAÇÕES DE FUNCIONÁRIOS DURANTE O PERÍODO DO RELATÓRIO, POR FAIXA ETÁRIA, GÊNERO E REGIÃO. NÚMERO TOTAL E TAXA DE ROTATIVIDADE DE FUNCIONÁRIOS DURANTE O PERÍODO DO RELATÓRIO, POR FAIXA ETÁRIA, GÊNERO E REGIÃO. |
| G4-HR3 | 406-1 | NÚMERO TOTAL DE CASOS DE DISCRIMINAÇÃO E MEDIDAS CORRETIVAS TOMADAS. |
| G4-DMA; | 103 | DESCRIÇÃO DE POLÍTICAS E PRÁTICAS QUE PROMOVAM A INCLUSÃO QUANDO DA SELEÇÃO DE FORNECEDORES. |
| G4-S09 | 414-1 | PORCENTAGEM DE NOVOS FORNECEDORES QUE FORAM SELECIONADOS USANDO CRITÉRIOS SOCIAIS. ISTO É, FORNECEDORES SELECIONADOS OU CONTRATADOS, SUJEITOS A PROCESSOS DE DILIGÊNCIAS PARA IMPACTOS SOCIAIS. |
| G4-S01 | 413-1 | PERCENTUAL DE OPERAÇÕES COM PROGRAMAS IMPLEMENTADOS DE ENGAJAMENTO DA COMUNIDADE LOCAL, AVALIAÇÃO DE IMPACTOS E DESENVOLVIMENTO LOCAL. |

Fonte: Elaborado pelos autores com base na associação dos Padrões de Conduta para Empresas e da *Global Reporting Initiative*.

Por fim, é importante destacar que a elaboração e a publicação dos relatórios sociais ou de sustentabilidade são voluntárias na maioria dos países onde se encontra essa divulgação.

2. METODOLOGIA

2.1. TIPOLOGIA DA PESQUISA

O presente artigo caracteriza-se como pesquisa exploratória, uma vez que há poucos trabalhos nas literaturas nacional e internacional sobre o objeto de estudo – divulgação de informação social empresarial voltada para a população LGBTI –, tornando-se difícil formular hipóteses precisas e operacionalizáveis. Nesse sentido, Piovesan e Temporini (1995) definem pesquisa exploratória como o estudo preliminar realizado com a finalidade de melhor adequar o instrumento de medida à realidade que se pretende conhecer. Em outras palavras, a pesquisa exploratória, ou estudo exploratório, tem por objetivo conhecer a variável de estudo tal como se apresenta, seu significado e o contexto em que ela se insere.

Para a sua concretização, fez-se uso de pesquisa bibliográfica e documental, bem como se realizou análise de conteúdo (BARDIN, 1979) dos dados divulgados sobre não discriminação e inclusão da população LGBTI pelas 28 empresas sediadas no Brasil que aderiram aos padrões de conduta da ONU no ano de 2018.

As informações acerca da divulgação social relativas à população LGBTI foram obtidas pelo acesso aos *sites* das empresas estudadas ou de organizações como a Bolsa de Valores e a Comissão de Valores Imobiliários (CVM), dos seus Relatos Integrados, Relatórios Anuais, Formulários de Referência, Relatórios de Sustentabilidade (modelo *GRI Standards* ou G4) ou em outros relatórios que tratassem do tema abordado.

2.2. INSTRUMENTO DE COLETA DE DADOS

Para a realização da coleta de dados optou-se por ter como base os Padrões de Conduta para Empresas da ONU alinhados aos indicadores das *GRI Standards* para Relato de Sustentabilidade, conforme Quadro 4, no qual são apresentados os indicadores, com aspectos voltados para a população LGBTI. Embora a GRI recomende a utilização da nova versão, ainda é possível encontrar empresas que publicam seus relatórios nas versões anteriores, como a GR4. Por tal razão, ressalta-se que, no Quadro 4, em ambas as versões, os Padrões de Conduta para Empresas da ONU são tratados, porém em indicadores diferentes.

Foi elaborado instrumento de coleta de dados utilizando-se planilha do Microsoft Excel, na qual foram identificadas as informações sobre a população LGBTI divulgadas pelas empresas, parametrizadas pelos indicadores especificados do Quadro 4, distribuídas em nove indicadores das *GRI Standards* e alinhadas aos cinco padrões (Quadro 3). Para cada indicador foram determinados códigos qualitativos, a partir da descrição dos indicadores constantes no Quadro 4.

Vale destacar que as informações sociais divulgadas podiam ser de natureza quantitativa ou qualitativa, monetária ou não. Os dados colhidos referem-se ao exercício social do ano de 2018, já que as informações divulgadas pelas empresas em seus relatos sociais, no ano de 2020, referentes ao ano de 2019, não estavam completas até a finalização desta pesquisa.

Importante ressaltar que, caso a empresa não adote o modelo da GRI, outros meios de comunicação foram consultados, como Relato Integrado, Relatório Anual, *Communication On Progress* (COP) – a COP corresponde às ações feitas pelas empresas signatárias do Pacto Global. O objetivo da comunicação de progresso não é apenas garantir o compromisso das signatárias com o Pacto Global, mas também a integridade dessa iniciativa e criar um local de boas práticas para aprendizado e aprimoramento – e, em última instância, manter as informações disponíveis no *site*.

A partir da análise documental, pelos meios mencionados anteriormente, os dados foram transformados em linguagem numérica e pontuados conforme o Quadro 5.

QUADRO 5 – PONTUAÇÃO DO NÍVEL DE DIVULGAÇÃO

| PONTUAÇÃO | NÍVEL DE DIVULGAÇÃO |
|-----------|-----------------------|
| 0 | NÃO DIVULGA |
| 1 | DIVULGA PARCIALMENTE |
| 2 | DIVULGA COMPLETAMENTE |

Fonte: Elaboração dos autores.

Dessa forma, foi possível quantificar a divulgação das informações sobre a população LGBTI de cada um dos indicadores apresentados na terceira coluna do Quadro 4. Com isso, a pontuação de cada empresa pode variar entre 0 e 18 pontos, em função do nível de divulgação.

Os documentos foram analisados para identificar se as práticas de não discriminação e inclusão LGBTI, correspondentes aos padrões de conduta cuja divulgação é recomendada pelas *GRI Standards*, foram divulgadas pelas empresas. Posteriormente, a informação foi quantificada para avaliar a divulgação de cada empresa por padrões de conduta, por indicadores, por setor, por instrumento de divulgação utilizado, por tipo societário, e para classificar as empresas que divulgam mais e menos.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. DIVULGAÇÃO POR PRINCÍPIOS E POR INDICADORES

A princípio, observou-se a divulgação de informações sociais voltadas para a não discriminação e inclusão LGBTI nas 28 empresas brasileiras signatárias dos padrões de conduta que demonstraram a implantação e/ou manutenção de práticas propostas pela ONU (Tabela 1).

Destaca-se que a divulgação de informações sobre inclusão LGBTI foi norteadada nos indicadores das *GRI Standards*, voltados para o público LGBTI. A segunda coluna da Tabela 1 apresenta a quantidade de indicadores, em que é possível notar o nível de divulgação correspondente aos cinco padrões de conduta. Cada empresa podia obter de 0 a 2 pontos por indicador investigado.

Nesse sentido, a Tabela 1 evidencia que as empresas divulgaram, em média, 22,42% das informações sobre práticas que a ONU espera que sejam adotadas pelas organizações signatárias. Observando os resultados, pode-se concluir que os percentuais de divulgação constatados podem ser considerados baixos, visto que as 28 empresas pesquisadas se comprometeram, de forma voluntária e espontânea, a implementar as práticas inclusivas voltadas para a população LGBTI.

TABELA 1 – DIVULGAÇÃO POR PADRÃO DE CONDUTA PARA EMPRESAS

| PADRÕES DE CONDUTA PARA EMPRESAS | QUANTIDADE DE INDICADORES DAS <i>GRI STANDARDS</i> POR PADRÃO | PONTUAÇÃO TOTAL POR PADRÃO OBTIDA PELAS 28 EMPRESAS (A) | PONTUAÇÃO MÁXIMA POSSÍVEL POR PADRÃO (B) | NÍVEL DE DIVULGAÇÃO (A/B) |
|----------------------------------|---|---|--|---------------------------|
| PADRÃO 1 | 3 | 34 | 168 | 20,24% |
| PADRÃO 2 | 2 | 26 | 112 | 23,21% |
| PADRÃO 3 | 1 | 15 | 56 | 26,79% |
| PADRÃO 4 | 2 | 19 | 112 | 16,96% |
| PADRÃO 5 | 1 | 19 | 56 | 33,93% |
| TOTAL | 9 | 113 | 504 | 22,42% |

Fonte: Elaboração dos autores.

A partir da Tabela 1, identifica-se que o padrão de conduta com maior divulgação é o P5, tendo sido divulgados 33,93% dos programas implementados de engajamento da comunidade local com foco LGBTI.

Esse resultado pode sinalizar uma preocupação das organizações em apoiar movimentos na sociedade em prol da população LGBTI. Segundo Serapioni (2016), os programas sociais têm como objetivo formular juízos sobre o valor ou mérito de uma intervenção que visa modificar a realidade social das comunidades. Não obstante, o engajamento de empresas em programas sociais traz boa visibilidade para as organizações, perpetuando uma boa reputação em relação ao público.

Entre os programas sociais analisados a partir dos dados coletados, destacam-se: o “Transvest”, projeto social de educação que objetiva combater a LGBTIfobia e incluir travestis, transexuais e transgêneros na sociedade, pelo Banco de Desenvolvimento de Minas; Patrocínios da Parada do Orgulho LGBTI, pela empresa Ambev; o programa “D Mais”, que reúne um time de voluntários com o objetivo de promover e apoiar ações em prol dos direitos, pela empresa Demarest.

Por outro lado, o Padrão 4, que trata da avaliação das práticas dos parceiros comerciais e a não discriminação de parceiros comerciais, como fornecedores, obteve menor percentual de divulgação.

A Tabela 2 apresenta o nível de divulgação de informação social relativa à inclusão da população LGBTI, por indicador, obtido pelas 28 empresas estudadas. Os indicadores que apresentaram maior nível de divulgação foram: 413-1 – operações com programas implementados de engajamento da comunidade local com foco LGBTI e 412-1 – operações da empresa que foram revisadas com base nos direitos humanos.

TABELA 2 – DIVULGAÇÃO SOCIAL POR INDICADOR

| INDICADOR | A DIVULGAÇÃO TOTAL OBTIDA (N=28) | B DIVULGAÇÃO EM PERCENTUAIS (N=56) | C NÍVEL DE DIVULGAÇÃO EM MÉDIA (A/28) |
|--------------|--|--|---|
| 412-1 | 17 | 30,36% | 0,61 |
| 412-2 | 10 | 17,86% | 0,36 |
| 412-3 | 7 | 12,50% | 0,25 |
| 405-1 | 11 | 19,64% | 0,39 |
| 401-1 | 15 | 26,79% | 0,54 |
| 406-1 | 15 | 26,79% | 0,54 |
| 103 | 6 | 10,71% | 0,21 |
| 404-2 | 13 | 23,21% | 0,46 |
| 413-1 | 19 | 33,93% | 0,68 |
| TOTAL | 113 | 22,42% | 4,00 |

Fonte: Elaboração dos autores.

Entretanto, a maior divulgação do indicador 412-1 não quer dizer que, necessariamente, as empresas têm cláusulas específicas de respeito aos direitos humanos com foco LGBTI, mas

que mencionam que suas operações empresariais são norteadas com base nos direitos humanos. Importante destacar que somente após considerar, em 1945, que as leis da Austrália violavam os direitos humanos dos LGBTI foi que o “Comitê Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR), vinculado ao Conselho de Direitos Humanos, declarou que leis que violem os direitos LGBTI violam as leis de Direitos Humanos” (GORISCH, 2014, p. 41).

Os indicadores menos divulgados foram os referentes à descrição de práticas de inclusão de fornecedores (103) e à descrição de contratos revisados com base nos direitos humanos (412-3). Em relação ao indicador 412-3, falta transparência por parte das organizações ao não informar que os contratos passam por revisões de direitos humanos, pois as relações jurídicas contratuais são mais que oportunas para a instrumentalização dos direitos humanos fundamentais, pois a base que sustenta essa intercalação é a mesma: dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2007).

Com relação ao indicador 103, a maioria das empresas apresentavam suas políticas quanto à seleção de fornecedores, mas não as direcionavam evidenciando a questão LGBTI, tornando-se um dos indicadores mais difíceis de serem encontrados, junto ao indicador 412-2, que trata de treinamento a respeito dos direitos humanos, com foco LGBTI. A maioria das empresas apenas cita palestras e *workshops*, no entanto, não são específicas nem trazem informações concretas.

Sobre o indicador 406-1, que trata do número total de casos de discriminação e medidas corretivas tomadas, observou-se que as empresas, raramente, trazem dados quantitativos sobre esse indicador e não mencionam, de forma específica, as medidas corretivas tomadas.

Os baixos percentuais demonstram o fato de que as informações sociais relativas à inclusão LGBTI ainda são carentes de dados específicos e a maioria dos relatórios de responsabilidade social corporativa ainda são limitados, especialmente, no que se refere à temática estudada.

3.2. DIVULGAÇÃO POR SETOR, INSTRUMENTO UTILIZADO, TIPO SOCIETÁRIO E POR EMPRESA

Inicialmente, apresentam-se a composição e a divulgação das empresas estudadas por setor para identificar se há preponderância de algum setor específico com a questão LGBTI. Observou-se que das 28 empresas pesquisadas, 8 são do setor jurídico, 4 do setor bancário, 2 do setor de auditoria e 14 distribuídas em setores diversos, conforme Tabela 3. Nesse sentido, percebe-se que organizações pertencentes a um mesmo setor apresentam práticas semelhantes por estarem sujeitas às mesmas disposições legais, bem como por estarem inseridas em um mesmo ambiente institucional (ALMEIDA, SILVA e OLIVEIRA, 2015).

TABELA 3 – NÍVEL DE DIVULGAÇÃO DE EMPRESA POR SETOR

| SETOR | QUANTIDADE DE EMPRESAS | PONTUAÇÃO TOTAL POR SETOR | MÉDIA |
|--------------|------------------------|---------------------------|------------|
| JURÍDICO | 8 | 24 | 3 |
| BANCÁRIO | 4 | 36 | 9 |
| AUDITORIA | 2 | 17 | 8,5 |
| OUTROS | 14 | 36 | 2,6 |
| TOTAL | 28 | 113 | 4,0 |

Fonte: Elaboração dos autores.

É importante destacar que, apesar de o setor jurídico aparecer em primeiro lugar como o setor com maior quantidade de empresas, a média de pontuação é a mais baixa, se comparado aos demais setores. Isso se deve ao fato de essas entidades não utilizarem um relatório específico para a divulgação de informações, como as *GRI Standards*.

Em contrapartida, no Brasil, a maior média de pontuação é a do setor bancário. Isso resulta em uma aderência, por parte do setor, a relatórios de responsabilidade social corporativa. Schlichka *et al.* (2009) acrescenta que os bancos têm se esforçado na associação de seus produtos a uma imagem que adota condutas responsáveis. Esse setor exerce, ainda, importante papel no desenvolvimento e na promoção da RSC, na medida em que influencia o comportamento de outras empresas (SOBHANI, AMRAN e ZAINUDDIN, 2012).

Na Tabela 4, são apresentados os meios utilizados pelas empresas brasileiras signatárias dos padrões de conduta para divulgação de informações sobre a inclusão LGBTI. Embora o modelo GRI seja o mais completo, a utilização deste modelo ou mesmo a divulgação de um relatório de sustentabilidade não é obrigatória.

TABELA 4 – NÍVEL DE DIVULGAÇÃO POR INSTRUMENTO UTILIZADO PARA DIVULGAR

| INSTRUMENTO | QUANTIDADE DE EMPRESAS | PONTUAÇÃO TOTAL POR INSTRUMENTO | MÉDIA |
|-------------------|------------------------|---------------------------------|------------|
| MODELO GRI | 12 | 79 | 6,58 |
| OUTROS DOCUMENTOS | 3 | 16 | 11,00 |
| SEM DIVULGAÇÃO | 6 | 0 | 0 |
| SITE | 7 | 18 | 2,57 |
| TOTAL | 28 | 113 | 4,0 |

Fonte: Elaboração dos autores.

Verificou-se que o instrumento mais utilizado para divulgar foi o da GRI, observado em 12 empresas no total, sendo que duas delas ainda não haviam disponibilizado no portal, mas tão somente em seus respectivos *sites*, e destas, todas utilizavam as *GRI Standards*. Uma empresa utilizou o relatório de sustentabilidade e duas de relatório social, mas sem utilização das diretrizes da GRI. Seis empresas não divulgaram informação alguma sobre a inclusão LGBTI. Por fim, sete empresas divulgaram as informações apenas por *site*.

Conforme a Tabela 4, é possível notar que as empresas que utilizam o modelo GRI tem maior média de divulgação. Nesse sentido, corrobora-se a afirmativa de que relatórios com base na GRI possuem modelos mais sólidos e confiáveis, com elevado nível de padrão de qualidade e aceitação pelas empresas relatoras e utilizadoras desses relatórios (NUNES *et al.*, 2016). Porém, mesmo com maiores pontuações, o modelo ainda é carente quando se trata de indicadores específicos para o público LGBTI.

A partir da análise da divulgação das 28 empresas, constatou-se que seis nada divulgaram, tendo sido atribuída nota 0 (zero), ou seja, aproximadamente 22% das empresas brasileiras que aderiram aos padrões de conduta não divulgaram ações adotadas para a promoção da inclusão da população LGBTI. Importante destacar que, mesmo não obtendo pontuação zerada, muitas empresas obtiveram pontuação abaixo de 5.

No tocante à média, as unidades pesquisadas atingiram 4 pontos, o que representa um nível de evidenciação de aproximadamente 22% dos 18 pontos possíveis. Ressalta-se que apenas 15 empresas apresentam um nível de divulgação acima da média de pontos. Se fossem desconsideradas as unidades sem pontuação, a média subiria para 5 e o nível de evidenciação iria para, aproximadamente, 28%, o que ainda é pouco.

A Tabela 5 indica as empresas constituídas como sociedades anônimas como as que mais evidenciam suas ações sociais voltadas para questões LGBTI.

TABELA 5 – NÍVEL DE DIVULGAÇÃO POR FORMA DE CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE

| TIPO SOCIETÁRIO | QUANTIDADE DE EMPRESAS | PONTUAÇÃO TOTAL POR TIPO SOCIETÁRIO | MÉDIA |
|-------------------|------------------------|-------------------------------------|------------|
| S.A. | 15 | 89 | 5,93 |
| SOCIEDADE SIMPLES | 6 | 20 | 3,33 |
| LIMITADA | 7 | 4 | 0,67 |
| TOTAL | 28 | 113 | 4,0 |

Fonte: Elaboração dos autores.

Pode-se inferir que as sociedades anônimas são empresas de maior porte, com nível de faturamento, em regra, superior às demais empresas. Há de se levar em consideração, também, as obrigações legais que são impostas a esse tipo de sociedade. Outro ponto importante, segundo Dantas *et al.* (2005), o maior nível de *disclosure*, nesse caso das sociedades anônimas, representa uma via de mão dupla, pois beneficia os usuários com as informações de que necessitam para o seu processo decisório, o que reflete na valorização da entidade, aumentando a confiabilidade da organização perante credores, investidores e demais agentes, contribuindo para o aumento da liquidez de suas ações e a redução do custo de capital.

Esse resultado também corrobora estudos anteriores, nos quais se observa uma relação positiva entre a listagem na bolsa de valores, o tamanho ou porte da empresa e o nível de evidência das informações socioambientais (ALMEIDA, SILVA e OLIVEIRA, 2015).

A Tabela 6 apresenta as cinco empresas com maior nível de divulgação. É interessante observar que dessas cinco empresas, três são do setor bancário. É válido destacar que a responsabilidade social dos bancos também está ligada à sua atividade de financiamento, visto que o empréstimo concedido a clientes com práticas de sustentabilidade duvidosa pode comprometer a reputação da instituição bancária e trazer repercussões negativas (RODRIGUES, 2013). Assim, a partir das críticas realizadas em torno do setor bancário acerca do financiamento de projetos socialmente irresponsáveis, a pressão dos *stakeholders* fez com que os bancos desenvolvessem e demonstrassem suas práticas sociais e éticas (KHAN *et al.*, 2011).

TABELA 6 – ENTIDADES COM MAIOR NÍVEL DE DIVULGAÇÃO

| EMPRESA | DIVULGAÇÃO OBTIDA | DIVULGAÇÃO (EM %) |
|-------------------|-------------------|-------------------|
| BRASKEM | 13 | 72% |
| EY BRASIL | 11 | 61% |
| BANCO ITAÚ | 10 | 56% |
| NATURA COSMÉTICOS | 8 | 44% |
| BANCO DO BRASIL | 7 | 39% |

Fonte: Elaboração dos autores.

O Banco Braskem apresentou maior divulgação em comparação às outras entidades, tendo um nível de evidência de 72%. Os indicadores nos quais a nota não foi maior: 412-2 – treinamentos voltados para questões de direitos humanos; 405-1 – indicadores de diversidade, como número de funcionários LGBTI; 103 – descrição de políticas e práticas

que promovam a inclusão quanto à seleção de fornecedores. Nas demais empresas esses indicadores também foram menos divulgados.

CONCLUSÃO

Observando os dados apresentados, pode-se concluir que o nível de evidenciação médio das empresas analisadas foi de 22%, ou seja, uma média de 4 dos 18 pontos possíveis. Ressalta-se que somente 15 empresas apresentaram nível de divulgação acima da média de pontos. Importante mencionar que, se fossem desconsideradas as empresas que obtiveram pontuação zero, o nível de evidenciação iria para, aproximadamente, 28%. A partir dos resultados obtidos, não se pode afirmar que as empresas analisadas não adotam práticas acerca da inclusão LGBTI, mas sim que existem melhorias a serem executadas no tocante à divulgação de tais práticas.

As organizações que utilizam o modelo GRI, as sociedades por ações e as empresas do setor bancário apresentaram maior nível de divulgação. No entanto, observou-se, ainda, que o modelo mais completo contemporaneamente, a GRI, ainda possui deficiências quanto aos indicadores específicos para o público LGBTI.

Observou-se, ainda, que as informações relativas à inclusão LGBTI mais divulgadas foram as referentes às operações com programas implementados para promover o engajamento da comunidade local, com foco LGBTI, no entanto, é importante destacar que as empresas, apesar de mencionar programas sociais, não discriminam dados quantitativos sobre estes, limitando-se aos aspectos qualitativos (o que foi levado em conta na coleta de dados); já as informações menos divulgadas foram as referentes à descrição de práticas de inclusão de fornecedores e à descrição de contratos revisados com base nos direitos humanos.

A partir dos dados apresentados, percebe-se que a divulgação de informações sociais relativas à inclusão LGBTI ainda é muito escassa e insuficiente, refutando a hipótese inicialmente fixada neste artigo, dado que a maioria não é detalhada quantitativamente.

Por outro lado, nota-se que os relatórios sociais vêm alcançando um nível de complexidade maior, se comparado a outros anos. Muito disso se dá pelo fato de as organizações estarem cada dia mais preocupadas com a visibilidade da marca, diante de um público mais crítico.

O artigo contribui por trazer para a academia brasileira a discussão sobre divulgação de informações acerca da Responsabilidade Social Empresarial, focada em aspectos relativos à inclusão LGBTI, e demonstra como as empresas estão desenvolvendo ações voltadas para diversidade. O estudo acrescenta conhecimentos sobre como o aumento da diversidade, com foco LGBTI, é tratado nas instituições internacionais, como ONU e GRI. Por fim, contribui por fazer avançar o conhecimento pouco divulgado e analisado.

O artigo apresenta limitações, como se restringir apenas às empresas signatárias dos padrões de conduta e, portanto, os resultados não poderem ser generalizados para todas as empresas brasileiras. Outra limitação refere-se a se ter trabalhado somente com um exercício

social, entretanto, como os padrões de conduta são recentes, não foi possível examinar outros anos e optou-se por realizar essa primeira incursão pelo assunto para testar a aplicação do instrumento de coleta de dados na amostra selecionada.

Como o assunto carece de pesquisas acadêmicas, há um amplo campo de investigação, por exemplo, colher dados de outras empresas que não sejam signatárias dos padrões de conduta e fazer uma possível comparação, já que se espera que as signatárias tenham maior evidencição. Também se sugere investigar a divulgação de empresas que aderem a outros programas de inclusão LGBTI.

Por fim, o estudo ressalta a importância da realização de investigações como esta, que estuda a responsabilidade social das empresas e, em especial, as ações voltadas para a diversidade e para a redução das desigualdades, pois incentivam o aprimoramento e a efetividade de políticas voltadas para a inclusão de minorias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tatiana Aquino; SILVA, Jandeson Dantas da; OLIVEIRA, Marcelle Colares. Responsabilidade social corporativa e a influência de aspectos do ambiente institucional: uma análise no setor bancário brasileiro. *Revista Universo Contábil*, Blumenau, v. 11, n. 4, p. 44-62, 2015.

ANDRADE, Luma Nogueira de. *Travestis na escola: assujeitamento e resistência à ordem normativa*. 2012. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012.

ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). *Ética e responsabilidade social nos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN (AECA). *Normalización de la información sobre responsabilidad social corporativa*, Madrid, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). *ABNT NBR 16001: Responsabilidade social – Sistema da gestão – Requisitos*. Rio de Janeiro: ABNT, 2010.

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. *Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1979.

BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CAMARGO, Ricardo Zagallo. *Responsabilidade social das empresas: formações discursivas em confronto*. 2009. Tese (Doutorado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/123456789/338>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CARROLL, Aengus. *State-Sponsored Homophobia*. 11. ed. Genebra: Ilga, 2016. Disponível em: https://ilga.org/downloads/02_ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2016_ENG_WEB_150516.pdf. Acesso em: 25 jan. 2020.

COLLING, Leandro. *Que os outros sejam o normal: tensões entre movimento LGBT e ativismo queer*. Salvador: EDUFBA, 2015.

COSTA, Ana Maria Machado da. A discriminação por orientação sexual no trabalho: aspectos legais. In: POCAHY, Fernando (org.). *Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*. Porto Alegre, 2007.

DANTAS, José Alves *et al.* A dualidade entre os benefícios do *disclosure* e a relutância das organizações em aumentar o grau de evidenciação. *Revista Economia & Gestão*, Curitiba, v. 5, n. 11, p. 56-76, 2005.

DE LARA BUENO, Isabel. *Responsabilidad social de la empresa en el marco contable*. Comunicación presentada a la Jornada de la Asociación Española de Profesores Universitarios de Contabilidad, Burgos, 2006.

DOWNEY, Stephanie N. *et al.* The Role of Diversity Practices and Inclusion in Promoting Trust and Employee Engagement. *Journal of Applied Social Psychology*, v. 45, n. 1, p. 35-44, 2015.

FINDLER, Liora; WIND, Leslie H.; MOR BARAK, Michálle E. The Challenge of Workforce Management in a Global Society: Modeling the Relationship Between Diversity, Inclusion, Organizational Culture, and Employee Well-Being, Job Satisfaction and Organizational Commitment. *Administration in Social Work*, v. 31, n. 3, p. 63-94, 2007.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *About GRI*. Amsterdã, 2020. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/information/about-gri/Pages/default.aspx>. Acesso em: 28 mar. 2020.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *GRI's History*. Amsterdã, 2020. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/about-gri/mission-history/>. Acesso em: 28 mar. 2020.

GODÓI-DE-SOUSA, Edileusa *et al.* A qualidade dos relatórios de sustentabilidade: uma avaliação em empresas do ramo de energia elétrica. In: ENCONTRO DA ANPAD (ENANPAD), 23., 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo, set. 2009.

GOLEMBIEWSKI, Robert T. *Managing Diversity in Organizations*. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1995.

GOMES, Adriano; MORETTI, Sérgio. *A responsabilidade e o social: uma discussão sobre o papel das empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GÓMEZ, Nagore Aranguren; LABURU, Elena Ochoa. *Divulgación de información sobre empleados y medio ambiente: un análisis comparativo entre España y Alemania*. Comunicación presentada a la Jornada de la Asociación Española de Profesores Universitarios de Contabilidad, Burgos, 2006.

GORISCH, Patricia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stonewall à ONU*. Curitiba: Appris, 2014.

GRIFFITH, James. Multilevel Analysis of Cohesion's Relation to Stress, Well-Being, Identification, Disintegration, and Perceived Combat Readiness. *Military Psychology*, v. 14, n. 3, p. 217-239, 2002.

GRIFFITH, James; VAITKUS, Mark. Relating Cohesion to Stress, Strain, Disintegration, and Performance: An Organizing Framework. *Military Psychology*, v. 11, n. 1, p. 27-55, 1999.

HAY GROUP. Diversidade: inclusão ou estratégia? 2015. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/diversidade-inclusao-ou-estrategia/>. Acesso em: 12 mar. 2020.

HENDERSON, George. *Cultural Diversity in the Workplace: Issues and Strategies*. Praeger Publishers, 1994.

HENDRIKSEN, Eldon S.; VAN BREDA, Michael F. Tradução de Antonio Zoratto Sanvicente. *Teoria da Contabilidade*. São Paulo: Atlas, 1999.

HUNT, Vivian *et al.* Delivering Through Diversity. *Mckinsey & Company Organization*, 2018. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/people-and-organizational-performance/our-insights/delivering-through-diversity>. Acesso em: 31 mar. 2020.

HUNT, Vivian; LAYTON, Dennis; PRINCE, Sara. Why Diversity Matters. *Mckinsey & Company Organization*, 2015. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/why-diversity-matters>. Acesso em: 31 mar. 2020.

INSTITUTO ETHOS. *Conceitos básicos e indicadores de responsabilidade social empresarial*. 5. ed. São Paulo, Instituto Ethos, 2007.

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA (INMETRO). *Compreendendo a responsabilidade social: ISSO 26000 e ABNT NBR 16001*. Distrito Federal, 2016. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/cartilha_compreendendo_a_responsabilidade_social.pdf. Acesso em: 5 mar. 2020.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Gender Identity and Sexual Orientation: Promoting Rights, Diversity and Equality in the World of Work*. Genebra, 2016. Disponível em: http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_481575/lang--en/index.htm. Acesso em: 2 mar. 2020.

KASSAI, José Roberto; CARVALHO, Nelson. Relato Integrado: a próxima revolução contábil. In: ENCONTRO INTERNACIONAL SOBRE GESTÃO EMPRESARIAL E MEIO AMBIENTE, 20., 2012, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Engema, 2012. p. 1-16.

KHAN, Habib Uz Zaman *et al.* Corporate Sustainability Reporting of Major Commercial Banks in Line with GRI: Bangladesh Evidence. *Social Responsibility Journal*, v. 7, n. 3, p. 347-362, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1108/17471111111154509>. Acesso em: 2 mar. 2020.

MAIA, Renato. Da horizontalização dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Minas Gerais, n. 1, p. 108, 2008.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2007.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Introdução à Administração*. São Paulo: Atlas, 2006.

MAZZIONI, Sady; TINOCO, João Eduardo Prudêncio; OLIVEIRA, Antonio Benedito Silva. Proposta de um modelo de balanço social para fundações universitárias. *BASE – Revista de Administração e Contabilidade da UNISINOS*, v. 4, n. 3, p. 274-286, 2007.

MELO NETO, Francisco Paulo de; FROES, César. *Responsabilidade social e cidadania empresarial: a administração do terceiro setor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

MILANI FILHO, Marco Antonio Figueiredo. Responsabilidade social e investimento social privado: entre o discurso e a evidência. *Revista Contabilidade & Finanças*, São Paulo, v. 19, n. 47, p. 89-101, 2008.

MOR BARAK, Michálla E. Social Psychological Perspectives of Workforce Diversity and Inclusion in National and Global Contexts. In: PATTI, Rino J. (org.). *The Handbook of Human Service Management*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2008. p. 239-254.

NATIVIDADE, Marcelo Tavares. Homofobia religiosa e direitos LGBT: notas de pesquisa. *Revista Latitudo*, v. 7, n. 1, p. 33-51, 2013.

NUNES, Rosângela Venâncio *et al.* Análise do nível de divulgação dos indicadores essenciais da Global Reporting Initiative (GRI), versão g3, nas principais empresas do setor de telecomunicação que atuam no Brasil e sua evolução nos anos de 2011 e 2012. In: CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO, 13., 2016, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Cneg, 2016. p. 1-23.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Planejamento estratégico: conceitos, metodologia e práticas*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ONU). *Padrões de Conduta para Empresas*. Nova York, 2017. Disponível em: <https://www.unfe.org/pt-pt/padroes-de-conduta-para-empresas/>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ONU). *Nascidos livres e iguais*. Nova York. 2012. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

PEREIRA, Jamille Barbosa Cavalcanti; HANASHIRO, Darcy Mitiko Mori. Ser ou não ser favorável às práticas de diversidade? Eis a questão. *Revista de Administração Contemporânea [on-line]*, v. 14, n. 4, p. 670-683, 2010.

PIOVESAN, Armando; TEMPORINI, Edméa Rita. Pesquisa exploratória: procedimento metodológico para o estudo de fatores humanos no campo da saúde pública. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 29, n. 4, p. 318-325, 1995.

ROBERSON, Quinetta M. Disentangling the Meanings of Diversity and Inclusion in Organizations. *Group & Organization Management*, v. 31, n. 2, p. 212-236, 2006.

RODRIGUES, Inês Manuela Delgado. *A crise e o relato de sustentabilidade no setor bancário: o caso português*. 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade do Porto, Porto, 2013.

SANTO CAOS. *Demitindo preconceitos: por que as empresas precisam sair do armário*, 2015. Disponível em: <https://estudos.santocaos.com.br/demitindopreconceitos>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SCHLISCHKA, Hermann Erich *et al.* Crédito ambiental: análise para concessão de crédito sob a ótica da responsabilidade socioambiental. *BASE – Revista de Administração e Contabilidade da Unisinos*, v. 6, n. 1, p. 37-48, 2009.

SERAPIONI, Mauro. Conceitos e métodos para a avaliação de programas sociais e políticas públicas. *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Porto, v. 31, p. 59-80, 2016. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872-34192016000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2020.

SERPA, Daniela Abrantes Ferreira; FOURNEAU, Lucelena Ferreira. Responsabilidade social corporativa: uma investigação sobre a percepção do consumidor. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 11, n. 3, p. 83-103, set. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 maio 2020.

SINCLAIR, Robert R.; TUCKER, Jennifer S. Stress-CARE: An Integrated Model of Individual Differences in Soldier Performance Under Stress. In: BRITT, Thomas W.; ADLER, Amy B.; CASTRO, Carl Andrew (eds.). *Military Life: The Psychology of Serving in Peace and Combat*. Westport, 2006. p. 202-231.

SOBHANI, Farid Ahammad; AMRAN, Azlan; ZAINUDDIN, Yuserrie. Sustainability Disclosure in Annual Reports and Websites: A Study of the Banking Industry in Bangladesh. *Journal of Cleaner Production*, v. 23, n. 1, p. 75-85, 2012.

TREVISAN, Fernando Augusto. Balanço social como instrumento de marketing. *RAE eletrônica*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 1-12, dez. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/raeel/a/yjMjf5ydkb94qNc5rJPjs3R/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 abr. 2020.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RÉGIO, Beatriz de Araújo; ALENCAR, Rafael Vieira de; OLIVEIRA, Marcelle Colares. A divulgação de práticas corporativas voltadas para a inclusão da população LGBTI. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2218. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202218>

Beatriz de Araújo Régio

GRADUANDA EM CIÊNCIAS CONTÁBEIS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC).

bjaraujo28@hotmail.com

Rafael Vieira de Alencar

DOUTORANDO EM FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC) E MESTRE EM DIREITO DO

ESTADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). ESPECIALISTA EM DIREITO PROCESSUAL PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO 7 DE SETEMBRO (UNI7). BACHAREL EM DIREITO PELO UNI7. GRADUANDO EM CIÊNCIAS CONTÁBEIS PELA UFC. PROFESSOR DA UFC.

rafaelvieira93@hotmail.com

Marcelle Colares Oliveira

PÓS-DOUTORADA PELA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA. DOUTORA EM CONTROLADORIA E CONTABILIDADE PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). MESTRA EM CONTROLADORIA E CONTABILIDADE PELA USP. BACHARELA EM CIÊNCIAS CONTÁBEIS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC). PROFESSORA TITULAR DA UFC, DOCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO E CONTROLADORIA DA MESMA INSTITUIÇÃO.

marcellecolares@ufc.br



Duas concepções de justiça e o direito privado: Rawls e Forst

TWO CONCEPTIONS OF JUSTICE AND PRIVATE LAW: RAWLS AND FORST

Leandro Martins Zanitelli¹

Resumo

Este artigo trata do lugar do direito privado nas teorias da justiça de John Rawls e Rainer Forst. Com relação ao primeiro, argumenta-se, contra a ideia de uma estrita divisão institucional do trabalho, que o direito privado, mais precisamente, os grandes contornos do regime de direito privado, pode fazer parte das instituições que impactam decisivamente as expectativas dos cidadãos quanto à distribuição de bens primários e que devem, portanto, conformar-se à concepção de justiça (a justiça como equidade), que, segundo Rawls, seria escolhida na posição original. Nas seções finais do artigo, as implicações da teoria da justiça de Rawls para o direito privado são contrastadas com as da concepção de justiça como direito de justificação de Rainer Forst. Nelas, argumenta-se que a justiça como direito de justificação supre um déficit deliberativo da concepção rawlsiana de justiça e sujeita o direito privado a outras demandas além das da justiça distributiva.

Palavras-chave

Direito privado; justiça; justiça como equidade; direito de justificação; Rawls; Forst.

Abstract

This article deals with the place of private law in the theories of justice of John Rawls and Rainer Forst. In relation to the first, it is argued, against the idea of a strict institutional division of labor, that private law (more precisely, the broad contours of the private law regime) can be part of the institutions that decisively impact on the expectations of citizens as to the distribution of primary goods and which must, therefore, conform to the conception of justice (justice as fairness) which, according to Rawls, would be chosen in the original position. In the final sections, the implications of Rawls's theory of justice for private law are contrasted with Rainer Forst's conception of justice as the right of justification. In these sections, it is argued that justice as a right of justification makes up for a deliberative deficit of the Rawlsian conception of justice and subjects private law to demands other than those arising from distributive justice.

Keywords

Private law; justice; justice as fairness; right to justification; Rawls; Forst.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, apresento e contraponho duas concepções sobre a justiça e suas respectivas implicações para o direito privado. Uma é a concepção de justiça como equidade defendida por John Rawls, enquanto a outra, à qual se dedicam as seções finais deste artigo, é a da justiça como direito de justificação de Rainer Forst. Meu interesse por essas duas concepções de justiça deve-se, no caso de Rawls, à fundamentação de uma concepção de justiça distributiva para o direito privado (mais precisamente, como veremos, para as grandes linhas do regime de direito privado). No caso de Forst, em contrapartida, trata-se de superar certas deficiências da teoria da justiça rawlsiana, em particular as que se referem à deliberação pública acerca da justiça e às condições para a participação dos cidadãos em procedimentos discursivos de justificação de normas.

O artigo é organizado da seguinte maneira: a seção 1 faz uma apresentação sumária da concepção de justiça de Rawls, a justiça como equidade, enquanto a seção 2 esboça, ainda um tanto acriticamente, as suas implicações para o direito privado. A seção 3 ressalta a ideia de que a sujeição do direito privado a uma concepção de justiça distributiva, como a de Rawls, nada determina quanto aos resultados de particulares interações, como contratos — algo que vem à luz quando se tem em vista a justiça como equidade como concepção de justiça procedimental pura. A seção 4 trata da tese da mão invisível perversa, endossada por Rawls sobre os efeitos acumulados de transações individuais para as condições de equanimidade dessas transações. A tese da mão invisível perversa enseja que Rawls se refere a uma divisão institucional do trabalho, divisão essa que tem sido, por vezes, interpretada no sentido de eximir o direito privado de quaisquer demandas distributivas. Essa interpretação é refutada na seção 5. A seção 6 trata, por sua vez, do problema da “colonização distributiva” do direito privado, isto é, da incompatibilidade de normas distributivas com as normas ou valores “bilaterais” próprios das relações de direito privado. A seção 7 delinea a concepção de justiça como direito de justificação de Forst, com ênfase para suas diferenças em relação à concepção de Rawls. Ainda que sumária, na seção 8, essa exposição permite chegar a duas breves descrições, uma rawlsiana, outra forstiana, sobre a justiça no direito privado.

I. RAWLS E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Para Rawls, a questão com a qual a justiça se ocupa é: sob qual ou quais princípios uma estrutura básica de cooperação deve ser moldada de tal maneira a se conformar à vontade de cidadãos representados como pessoas livres e iguais?

Um primeiro ponto a salientar é que se trata de princípios para a estrutura básica da sociedade, isto é, de princípios para as regras ou instituições basilares da cooperação social. A razão pela qual essa estrutura é objeto da justiça se refere ao seu impacto sobre as expectativas dos cidadãos:

[t]omadas como um todo, as grandes instituições definem os direitos e deveres das pessoas e influenciam suas chances na vida, aquilo que elas podem esperar ser e como poderão consegui-lo. A estrutura básica é o objeto primário da justiça porque seus efeitos são tão profundos e se fazem presentes desde muito cedo. (RAWLS, 1971, p. 7, tradução minha)¹

O critério do impacto define tanto a estrutura básica como objeto da justiça quanto o critério a partir do qual se determinam as instituições que fazem parte dessa estrutura. A estrutura básica é objeto da justiça devido ao seu impacto sobre as expectativas dos cidadãos, e as instituições que ela compreende são, conseqüentemente, aquelas às quais se atribui maior impacto sobre essas expectativas.

A razão de adequação material é o motivo pelo qual os princípios reguladores da estrutura básica não se aplicam para além dessa estrutura, ou ao menos não se afirmam como princípios aplicáveis a outros objetos, como instituições de impacto secundário e condutas individuais. Os princípios da concepção de justiça de Rawls são tidos como princípios adequados a regular a estrutura básica da sociedade, mas não condutas individuais e de associações, como a família, no interior dessa estrutura (RAWLS, 2001, p. 10).

Outro ponto importante da definição anterior é que os princípios de justiça reguladores da estrutura básica são os princípios que se conformam à vontade dos cidadãos representados como pessoas livres e iguais. Uma sociedade governada por princípios de justiça como esses é, portanto, a realização de um ideal de autonomia política, na qual a estrutura básica da cooperação social é regulada por princípios que os cidadãos dariam a si mesmos. A escolha desses princípios é informada tanto pelos interesses racionais de cidadãos que se reconhecem como livres e iguais quanto pelos limites que são razoáveis estipular a tal escolha. Em consequência, os princípios de justiça são os princípios que seriam escolhidos em uma “posição original” caracterizada por um “véu de ignorância” (RAWLS, 1971, p. 12). Trata-se dos princípios estruturantes que escolheríamos se nossa escolha não sofresse a influência de contingências moralmente irrelevantes (tal como a distribuição natural dos talentos) ou por estruturas sociais opressivas.

Rawls denomina de “justiça como equidade” (*justice as fairness*) a concepção de justiça que, segundo ele, seria escolhida na posição original. A cogência dessa concepção decorre simplesmente de ser a concepção à qual os cidadãos se submeteriam em uma decisão sob condições razoáveis —, isto é, as condições da posição original. De acordo com Rawls

...

1 No original: “[t]aken together as one scheme, the major institutions define men’s rights and duties and influence their life prospects, what they can expect to be and how well they can hope to do. The basic structure is the primary subject of justice because its effects are so profound and present from the start”.

(2001, p. 42-43), a justiça como equidade se constitui de dois princípios, os quais serão enunciados da seguinte maneira:

- a) cada pessoa tem o mesmo direito inviolável a um regime plenamente adequado de iguais liberdades básicas, regime esse que seja compatível com que todos usufruam das mesmas liberdades; e
- b) igualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: primeiro, devem estar atreladas a cargos e posições abertos a todos sob condições de equitativa igualdade de oportunidades; segundo, devem ser tais que beneficiem o máximo possível os membros da sociedade em pior situação (o princípio da diferença) [nota de rodapé omitida].²
(Tradução minha)

As diferentes partes dessa concepção encontram-se rigidamente hierarquizadas (ou em ordem léxica). Assim, o primeiro princípio (“a”), ou princípio das liberdades básicas, não pode ser sacrificado para a realização do segundo princípio (“b”) (RAWLS, 1971, p. 43). Do mesmo modo, no segundo princípio, a primeira parte, a equitativa igualdade de oportunidades, sobrepõe-se à segunda, o princípio da diferença (RAWLS, 1971, p. 89).³

Uma característica a ser salientada quanto à escolha dos princípios na posição original é que ela se submete à condição de finalidade (RAWLS, 1971, p. 135). Ao decidirem sobre uma concepção de justiça, os contratantes na posição original devem ter em mente que essa é uma decisão final, ou seja, não é passível de revisão à luz das informações que lhes são sonegadas – por exemplo, informações sobre seus talentos ou suas preferências. Uma implicação é que, para Rawls, os princípios de justiça não são princípios cuja validade tenha de ser reconhecida em processos discursivos reais.

Com relação à justiça como equidade – a concepção de justiça que, de acordo com Rawls, seria escolhida na posição original –, é importante ressaltar que ela se ocupa, eminentemente, com a distribuição de bens primários (RAWLS, 1971, p. 62). A escolha das partes na posição original é uma escolha racional (sujeita a limites razoáveis) (RAWLS, 1971, p. 142). Como representantes de cidadãos livres e iguais, as partes atuam consoantes aos interesses de

...

- 2 No original: “(a) Each person has the same infeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all; and (b) Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least-advantaged members of society (the difference principle)”.
- 3 Rawls manifesta dúvida sobre a relação de prioridade léxica entre o princípio da equitativa igualdade de oportunidades e o princípio da diferença (2001, p. 163).

cidadãos assim concebidos, interesses esses que, no caso de Rawls, são interesses em liberdades adequadas ao desenvolvimento e exercício de capacidades morais básicas (as capacidades para uma concepção de bem e para um senso de justiça), oportunidades, em uma distribuição equitativa das vantagens da cooperação social (riqueza e renda) e nas bases sociais do autorrespeito. Deve-se reconhecer, pois, que questões de distribuição ocupam o primeiro plano – o que não equivale afirmar, entretanto, que os princípios da justiça como equidade não possuam quaisquer implicações para as relações de produção.

Outro ponto a ressaltar é que, como concepção de justiça para a estrutura básica da sociedade, a justiça como equidade é, nos termos de Rawls, uma concepção de justiça procedimental pura. Em contraposição a concepções de justiça que se aplicam a estados de coisas distributivos – e, conseqüentemente, permitem julgar esses estados de coisas como justos e injustos⁴ –, uma concepção de justiça procedimental pura afere a justeza de um procedimento independentemente de seus resultados. Em outras palavras, uma vez que a estrutura básica da sociedade se conforme aos seus princípios, a justiça como equidade se dá como satisfeita apesar dos resultados das ações praticadas pelos cidadãos, incluindo operações de mercado, no interior da referida estrutura.

Por fim, um comentário sobre o ideal social na teoria da justiça de Rawls. Rawls concebe uma sociedade bem ordenada como uma cujas principais instituições se conformam a certa concepção pública de justiça e são reconhecidas como tais pelos cidadãos, os quais aceitam essa mesma concepção (RAWLS, 1971, p. 453-454). Na posição original, diferentes sociedades bem ordenadas (submetidas a diferentes concepções de justiça) são comparadas tendo em vista sua tendência à estabilidade. “Todo o restante sendo igual”, diz Rawls, “as pessoas na posição original adotarão o conjunto mais estável de princípios” (RAWLS, 1971, p. 455).⁵ Ao descrever a sociedade bem ordenada como uma cujas instituições satisfazem a certa concepção de justiça, a teoria da justiça de Rawls relega a um segundo plano problemas relacionados à aplicação dos princípios que são justificados com o artifício da posição original.

2. RAWLS, A JUSTIÇA COMO EQUIDADE E DIREITO PRIVADO: PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Como concepção de justiça para a estrutura básica da sociedade, a justiça como equidade se

•••

4 Rawls chama essas concepções de justiça de alocativas. Para a diferença entre a justiça como equidade, como exemplo de concepção de justiça procedimental pura, e concepções alocativas de justiça, ver Rawls (2001, p. 50-51).

5 No original: “Other things equal, the persons in the original position will adopt the more stable scheme of principles”.

aplica ao direito privado como parte dessa estrutura.⁶ Se, e em que medida, o direito privado pertence à estrutura básica é questão a ser respondida de acordo com o critério do impacto.⁷ Muito embora os resultados da aplicação desse critério variem caso a caso, duas proposições apresentam-se, à primeira vista, plausíveis:

1) Tendo em vista as consequências para as expectativas dos cidadãos de regras, como as da propriedade, dos contratos e da família, ao menos parte do direito privado (ou de regras que eventualmente o suplantem) está, usualmente, entre as instituições da estrutura básica.

2) Devido ao seu baixo impacto para as expectativas dos cidadãos, pontos secundários ou de detalhamento do regime de direito privado não fazem parte da estrutura básica e não se sujeitam, portanto, aos princípios da justiça como equidade.

Um comentário sobre os parênteses na primeira das duas conclusões anteriores: na justiça como equidade, as instituições são posteriores aos princípios de justiça —, isto é, as instituições são determinadas de acordo com os princípios, e não o contrário. Consequentemente, nada assegura de antemão que, entre as instituições que a justiça requer, estejam instituições de direito privado —, ou seja, algo que costumamos chamar de direito privado. Pode-se, é claro, argumentar no sentido de que, sob certas circunstâncias, o direito privado é, no todo ou em parte, um imperativo da justiça, isto é, que a supressão do todo ou de partes do direito privado — por exemplo, a substituição do direito da responsabilidade civil por um seguro social — atenta contra algum dos princípios da justiça como equidade. Porém que esse seja, de fato, o caso é algo que depende de verificação.

3. DIREITO PRIVADO E JUSTIÇA PROCEDIMENTAL PURA

Admitindo-se que a estrutura básica de uma sociedade bem ordenada, segundo a justiça como equidade (isto é, uma sociedade cuja estrutura básica se conforma a essa concepção de justiça), inclua o direito privado, há uma implicação importante a reparar no fato de a justiça

...

⁶ Nesse sentido, ver Kordana e Tabachnick (2005), Scheffler (2015) e Freeman (2018, cap. 5).

⁷ Como visto, Rawls (1971, p. 7) alude ao critério do impacto, ao afirmar que “a estrutura básica é o objeto primário da justiça porque seus efeitos são tão profundos e se fazem presentes desde muito cedo” (no original: “[t]he basic structure is the primary subject of justice because its effects are so profound and present from the start”). É uma questão duvidosa a de saber se, além do impacto, é uma condição necessária para que uma instituição pertença à estrutura básica da sociedade a de que ela seja coerciva (sobre a ambiguidade de Rawls a esse respeito, ver Cohen (2008, p. 132-134). Como, no entanto, as instituições de direito privado são instituições coercivas, o eventual acréscimo dessa condição não prejudica a tese defendida acima, a saber, a de que o direito privado, a depender do seu impacto, inclui-se entre as instituições sujeitas à justiça como equidade.

como equidade ser uma concepção de justiça procedimental pura. Se entre as instituições de uma sociedade bem ordenada estiverem instituições de direito privado, basta, para a justiça como equidade, que essas instituições (junto às demais) se conformem aos seus dois princípios. Verificada a obediência das instituições aos princípios, a justiça como equidade estará atendida independentemente dos resultados que decorram das transações sujeitas a essas instituições.

Permita-me ilustrar as implicações do fato de a justiça como equidade ser uma concepção de justiça procedimental pura por meio de um exemplo. Para a justiça como equidade, é indiferente que um contrato seja feito ou não com justo preço, entendendo-se como justo preço certa equivalência entre as prestações contratuais. As consequências distributivas de um tal contrato são parte dos resultados do processo de cooperação, resultados que, para uma concepção de justiça procedimental pura, não importam. Daí não se exclui, contudo, que entre as condições institucionais de validade contratual (condições essas que, devido ao seu impacto, incluam-se entre as características do direito contratual sujeitas aos dois princípios de justiça) estejam condições que subordinem, de alguma maneira, a validade de contratos a um justo preço. O que pode interessar à justiça como equidade, em todo o caso, é a conformação do direito contratual quanto a contratos aos quais falte um justo preço, isto é, as condições de validade às quais esses contratos em geral se sujeitam, e não as consequências desses contratos individualmente considerados.

4. A TESE DA MÃO INVISÍVEL PERVERSA

Em um artigo (posteriormente incluído em RAWLS, 2005) sobre a estrutura básica como objeto da justiça, Rawls enuncia a seguinte tese sobre a relação entre atos negociais e a justiça como equidade:

[...] suponha que comecemos com a ideia inicialmente atraente de que as circunstâncias sociais e as relações das pessoas umas com as outras devam se desenvolver ao longo do tempo em conformidade com acordos livres alcançados de maneira justa e integralmente honrados. De imediato nos faltará alguma descrição sobre quando acordos são livres e sobre quando as circunstâncias sociais sob as quais esses acordos são alcançados são equânimes. Além disso, enquanto essas condições podem se mostrar equânimes ao início, o resultado acumulado de muitos acordos independentes e patentemente equânimes, junto com tendências sociais e contingências históricas, é propenso a mudar as oportunidades e as relações entre os cidadãos ao longo do tempo, de tal maneira que as condições para acordos livres e justos não se façam mais presentes. O papel das instituições que pertencem à estrutura básica é assegurar justas condições de fundo sob as quais as ações de indivíduos e associações tenham lugar. A não ser que essa estrutura seja apropriadamente constituída e ajustada, um processo social inicialmente justo acabará deixando de sê-lo, não importando

o quão justas e livres transações individuais possam parecer quando vistas em si mesmas. (RAWLS, 2005, p. 265-266, tradução minha)⁸

O que chamarei de tese da mão invisível perversa é a tese enunciada na primeira parte da passagem acima (até o trecho “so that the free conditions for free and fair agreements no longer hold”). Trata-se da tese segundo a qual o resultado acumulado de transações particulares (*agreements*) se inclina a minar as condições sob as quais essas transações se reputam equânimes.⁹ De acordo com a justiça como equidade, tais condições incluem a equitativa igualdade de oportunidades (a primeira parte do segundo princípio) e o princípio da diferença (a segunda parte). A tese da mão invisível perversa é, portanto, uma tese empiricamente verificável a partir da observação da tendência do mercado em que há concentração de riqueza e desigualdade de oportunidades. No caso de Rawls, essa tese é detalhada de duas formas.

Primeiro, a tendência à concentração da riqueza é afirmada a despeito de obrigações negociais serem rigorosamente cumpridas – em outras palavras, a tese da mão invisível perversa independe de que haja violência ou fraude. O que se depreende é que, independentemente de como atos negociais sejam regulados, essa regulação, ainda que estritamente observada, não deve ser capaz de evitar que as condições para que transações ocorram de maneira equânime sejam, com o passar do tempo, solapadas. O que se pressupõe é que um direito privado hábil a preservar indefinidamente as condições para a equanimidade das operações de mercado ou

•••

- 8 No original: “suppose we begin with the initially attractive idea that social circumstances and people’s relationships to one another should develop over time in accordance with free agreements fairly arrived at and fully honored. Straightway we need and account of when agreements are free and the social circumstances under which they are reached are fair. In addition, while these conditions may be fair at an earlier time, the accumulated results of many separate and ostensibly fair agreements, together with social trends and historical contingencies, are likely in the course of time to alter citizens’ relationships and opportunities so that the conditions for free and fair agreements no longer hold. The role of the institutions that belong to the basic structure is to secure just background conditions against which the actions of individuals and associations take place. Unless this structure is appropriately regulated and adjusted, an initially just social process will eventually cease to be just, however free and fair particular transactions may look when viewed by themselves”.
- 9 Repare que, à medida que a tese da mão invisível perversa seja uma tese sobre a insuficiência do direito privado para a justiça distributiva, trata-se de uma tese sobre a insuficiência de regras diretamente aplicáveis às transações entre particulares, como as regras tradicionais dos direitos dos contratos e da responsabilidade civil. Essa tese não se refere a uma acepção mais ampla de direito privado, isto é, a uma acepção na qual o direito privado inclua disposições tais como a da legislação antitruste ou responsabilidade social empresarial. Agradeço a um(a) parecerista anônimo(a) por me instar a ser mais claro quanto a esse ponto.

não é desenhável ou, se o fosse, apresentaria um grau de sofisticação que sobrecarregaria excessivamente os negociantes (RAWLS, 2005, p. 267-268).

De acordo com a tese da mão invisível perversa, também não depende de que os cidadãos atuem de maneira deliberada a fim de minar a igualdade de oportunidades e outras condições de equanimidade. Ao contrário, essa tese é compatível com o que Rawls postula quanto ao senso de justiça dos cidadãos em uma sociedade bem ordenada. O efeito da mão invisível perversa é de atribuir, inclusive, a transações feitas por cidadãos não indiferentes à injustiça, e isso porque é simplesmente impossível para as partes de um contrato antecipar o impacto que esse contrato, junto aos outros, terá sobre as condições sociais de fundo.

Uma implicação da tese da mão invisível perversa – qualificada dos dois modos recém-descritos – é que o direito privado não é suficiente para que uma estrutura básica atenda à justiça como equidade. São necessárias, portanto, instituições que corrijam os efeitos acumulados do mercado, contrapondo-se à tendência à erosão das condições de equanimidade que é própria dos atos negociais.

5. A DIVISÃO INSTITUCIONAL DO TRABALHO

No mesmo capítulo em que Rawls (2005) enuncia a tese da mão invisível perversa, o autor refere-se, algumas páginas adiante, a uma divisão institucional do trabalho:

Assim, em quarto lugar e finalmente, chegamos à ideia de uma divisão do trabalho entre duas espécies de regras sociais e as diferentes instituições nas quais essas regras se fazem presentes. A estrutura básica compreende, em primeiro lugar, as instituições que definem as condições de fundo sociais e incluem as ações que continuamente ajustam e tratam de compensar pelas inevitáveis tendências a que nos distanciemos de condições de fundo justas, tais como, por exemplo, a taxaço da renda e das heranças destinada a igualar a posse de recursos. Essa estrutura também faz valer, por meio do sistema jurídico, um outro conjunto de regras que governam as transações e acordos entre indivíduos e associações (o direito contratual, e assim por diante). Regras sobre dolo negocial e coação, e outras similares, fazem parte dessas regras e atendem a requisitos de simplicidade e conveniência. Elas são desenhadas para deixar indivíduos e associações livres para agir eficazmente em busca de seus objetivos, sem entraves excessivos.

Para concluir: começamos com a estrutura básica e tentamos verificar como essa estrutura mesma deve fazer os ajustes necessários a preservar a justiça de fundo. O que procuramos, com efeito, é uma divisão institucional do trabalho entre a estrutura básica e as regras que se aplicam diretamente a indivíduos e associações e que devem ser seguidas por eles em suas transações. Se essa divisão do trabalho puder ser estabelecida, indivíduos e associações serão deixados livres para perseguir seus fins mais eficazmente dentro da moldura da estrutura básica, seguros em saber que, em outro lugar do sistema social, as correções

necessárias para preservar a justiça de fundo estão sendo feitas. (RAWLS, 2005, p. 268-269, tradução minha)¹⁰

Em certo sentido, a divisão institucional do trabalho que Rawls tem em vista nesse trecho não passa de uma implicação da tese da mão invisível perversa somada à presunção de haver um direito privado –, isto é, de que um direito privado esteja entre as instituições de uma sociedade bem ordenada. Se a tese da mão invisível perversa estiver correta e um direito privado for presumido, então há ao menos duas funções que as instituições de uma sociedade bem ordenada exercem, e essas funções não podem ser – não, ao menos, de todo – exercidas pelas mesmas instituições. Deixe-me explicar.

Uma das mencionadas funções é o regramento de atos negociais – função essa que se inclui com a presunção de que, em uma sociedade bem ordenada, transações entre particulares submetem-se a certas regras gerais. A outra função consiste em preservar o que Rawls chama de justiça de fundo (*background justice*), ou seja, as condições de equanimidade sob as quais, e somente sob as quais, os resultados das operações de mercado legitimam-se. Pela tese da mão invisível perversa, sabemos que essa segunda função não pode ser desempenhada apenas pelo direito privado –, isto é, que nenhum regramento dos atos negociais é capaz de se contrapor, por si só, à tendência a que os resultados de longo prazo do mercado minem as condições necessárias a que transações sejam equânimes. Segue daí a imprescindibilidade de uma divisão de tarefas entre o direito privado e outras instituições (por exemplo, o direito

•••

10 No original: “Thus, fourth and finally, we arrive at the idea of a division of labor between two kinds of social rules, and the different institutional forms in which these rules are realized. The basic structure comprises first the institutions that define the social background and includes as well those operations that continually adjust and compensate for the inevitable tendencies away from background fairness, for example, such operations as income and inheritance taxation designed to even out the ownership of property. This structure also enforces through the legal system another set of rules that govern the transactions and agreements between individuals and associations (the law of contract, and so on). The rules relating to fraud and duress, and the like, belong to these rules, and satisfy the requirements of simplicity and practicality. They are framed to leave individuals and associations free to act effectively in pursuit of their ends and without excessive constraints. To conclude: we start with the basic structure and try to see how this structure itself should make the adjustments necessary to preserve background justice. What we look for, in effect, is an institutional division of labor between the basic structure and the rules applying directly to individuals and associations and to be followed by them in particular transactions. If this division of labor can be established, individuals and associations are then left free to advance their ends more effectively within the framework of the basic structure, secure in the knowledge that elsewhere in the social system the necessary corrections to preserve background justice are being made”. Rawls volta a mencionar a divisão institucional do trabalho (2005, p. 283-284, 288). Essa mesma ideia é encontrada em obra anterior do autor (RAWLS, 2001, p. 53-54).

fiscal): enquanto o primeiro se ocupa com atos negociais, outras instituições são necessárias à função de manter a justiça de fundo.

Para alguns autores (KRONMAN, 1980, p. 500; MURPHY, 1998, p. 258), porém, a divisão institucional do trabalho à qual Rawls se refere na passagem anterior envolve mais do que uma pluralidade de instituições para desempenhar as duas funções recém-descritas. Segundo tal interpretação (que chamarei de interpretação forte), a divisão institucional do trabalho envolve destituir completamente o direito privado da função de preservar a justiça de fundo. Essa ideia mais radical de uma divisão de tarefas implica, pois, que o regramento dos atos negociais fique completamente imune às demandas distributivas da justiça como equidade, já que a função de atender a essas demandas – e de conservar, assim, as condições sob as quais os atos negociais podem ocorrer equanimemente – seria entregue exclusivamente a outras instituições que não as do direito privado. A interpretação forte da divisão institucional do trabalho trata o direito privado, em suma, como área de regulação alheia aos princípios da justiça como equidade, ou, ao menos, do segundo princípio e das suas demandas distributivas.

A interpretação forte da divisão institucional do trabalho é sugerida pela frase “[o] que procuramos, com efeito, é uma divisão institucional do trabalho entre a estrutura básica e as regras que se aplicam diretamente a indivíduos e associações e que devem ser seguidas por eles em suas transações” (RAWLS, 2005, p. 268-269, tradução minha).¹¹ Sabemos que a justiça como equidade se aplica à (e somente à) estrutura básica da sociedade. Logo, ao contrapor estrutura básica e direito privado, Rawls dá a entender que o segundo não pertence à primeira, o que leva à conclusão de que o direito privado (ou, ao menos, a parte do direito privado que se ocupa com atos negociais) não se sujeita aos princípios da justiça como equidade.¹²

Essa conclusão, contudo, é precipitada. A interpretação forte da divisão institucional do trabalho é difícil de aceitar, a começar porque põe em xeque (sob qual argumento?) o critério

...

11 No original: “[w]hat we look for, in effect, is an institutional division of labor between the basic structure and the rules applying directly to individuals and associations and to be followed by them in particular transactions”.

12 Por outro lado, no início da passagem transcrita, Rawls trata as regras aplicáveis às transações como parte da estrutura básica: “A estrutura básica compreende, em primeiro lugar, as instituições que definem as condições de fundo sociais e incluem as ações que continuamente ajustam e tratam de compensar pelas inevitáveis tendências a que nos distanciemos de condições de fundo justas [...]. Essa estrutura também faz valer, por meio do sistema jurídico, um outro conjunto de regras que governam as transações e acordos entre indivíduos e associações (o direito contratual, e assim por diante)” (grifo meu). No original: “[t]he basic structure comprises first the institutions that define the social background and includes as well those operations that continually adjust and compensate for the inevitable tendencies away from background fairness [...]. This structure also enforces through the legal system another set of rules that govern the transactions and agreements between individuals and associations (the law of contract, and so on)”.

do impacto. Como observamos, fazem parte da estrutura básica, segundo esse critério, as instituições cujo impacto sobre as expectativas dos cidadãos seja considerável. A interpretação forte põe-nos diante do dilema de ou abandonar o critério do impacto ou aceitar como premissa que instituições do direito privado não são impactantes. Tal premissa é, porém, insustentável, não só por ser empiricamente desmentida – por exemplo, pela importância dos direitos da propriedade e dos contratos nas sociedades capitalistas (SCHEFFLER, 2015, p. 219-220) – como porque postula algo (a importância secundária de certas instituições) que somente poderia ser afirmado à vista das particulares circunstâncias de cada época e lugar.

Outra consideração é que a divisão institucional do trabalho é mencionada em Rawls (2005) logo após a tese da mão invisível perversa e é tratada pelo autor como uma implicação dessa tese. A tese da mão invisível perversa, no entanto, não implica o sentido forte da divisão institucional do trabalho, porque se limita a postular que o direito privado não baste, por si só, para preservar a justiça de fundo. Afirmar que outras instituições (como o direito fiscal) que se conformem aos princípios da justiça como equidade são necessárias para que as condições para a equanimidade das transações entre particulares se mantenham não é o mesmo que afirmar que somente essas outras instituições devem se conformar aos ditos princípios.

Por fim, tampouco é um argumento em favor de uma divisão institucional do trabalho em sentido forte o de que o direito privado não pode ser excessivamente complicado (RAWLS, 2005, p. 267-268). Afirmar que a aplicação da justiça como equidade traz consigo complicação excessiva é tão correto no que se refere ao direito privado como quanto às outras instituições, por exemplo, a legislação do imposto de renda. Em qualquer dos casos, há boas razões para que esse receio não se confirme. Se como complicação excessiva se entender alto grau de detalhamento das regras, deve-se ter em mente, em primeiro lugar, a ideia de estrutura básica e o modo como, segundo o critério do impacto, essa estrutura é delimitada. Se instituições se sujeitam à concepção de justiça escolhida na posição original apenas sob a condição de que seu impacto sobre as expectativas dos cidadãos seja considerável, então as questões tratadas como questões de justiça são as que dizem respeito aos principais contornos dessas instituições, e não ao seu detalhamento. Ademais, no que diz respeito, em particular, à justiça como equidade, um regramento excessivamente detalhado na área dos atos negociais ou em outra qualquer, à medida que se mostrasse contraproducente, seria de rejeitar à luz dessa mesma concepção, ao menos se entendermos o princípio da diferença como um princípio sensível a questões de eficiência.

Em contrapartida, pode ser que a complicação excessiva que se tem em vista seja a de uma regulação vaga, em vez de altamente detalhada – como na ideia fantasmagórica de um direito contratual que condicionasse a validade de contratos à utilidade geral ou à vantagem dos cidadãos em pior situação. Sobre isso, é duvidoso que uma legislação de direito privado que se valha profusamente de “cláusulas gerais” (isto é, dispositivos de conteúdo vago) a fim de atender a princípios de justiça revele-se, de fato, a melhor estratégia para a realização desses princípios (considerações de eficiência têm novamente lugar aqui). No caso da justiça como

equidade, essa estratégia também estaria, no mínimo, em tensão – quando não na franca contramão – das liberdades políticas abrangidas pelo primeiro dos dois princípios.

6. A “COLONIZAÇÃO” DISTRIBUTIVA DO DIREITO PRIVADO

Que uma divisão institucional do trabalho em sentido forte seja rejeitada – e que, portanto, uma concepção de justiça que se ocupa da distribuição de bens primários, como a justiça como equidade, seja aplicável ao direito privado – dá margem à certa contrariedade quanto a uma “colonização” dessa área do direito por princípios de justiça distributiva. Samuel Scheffler (2015, p. 223-224) descreve o problema da seguinte maneira:

Primeiro, quando pessoas fazem contratos, elas exercem uma atividade que se sobrepõe e está em uma complexa (e controversa) relação com outras formas de compromisso e acordo, como a promessa, que, por sua vez, envolvem importantes valores e normas. Insistir, em um espírito fortemente distributivista, que o conteúdo do direito contratual seja inteiramente determinado pelo princípio da diferença, ou por algum princípio similar, pode pôr esses valores e normas em perigo. Correríamos o risco de substituí-los em favor do requisito amplo de que acordos contratuais sirvam a objetivos distributivos. Em segundo lugar, muitos dos valores que se aplicam a interações específicas entre indivíduos têm um caráter patentemente relacional. Seu foco é sobre o nexa entre os indivíduos em questão. Esses valores estão envolvidos quando, por exemplo, falamos do que uma pessoa deve a outra, ou de uma pessoa tendo feito mal a uma segunda, ou da segunda tendo alguma queixa a fazer contra a primeira. Muito do direito privado tal como tradicionalmente concebido possui um caráter similarmente relacional ou “bipolar” [nota de rodapé omitida].¹³ (Tradução minha)

...

13 No original: “[f]irst, when people enter into contractual arrangements, they engage in an activity that overlaps with and stands in a complex (and contested) relation to other forms of commitment and agreement-making, such as promising, which themselves implicate important values and norms. To insist, in a strong distributivist spirit, that the content of contract law was fully determined by the difference principle, or by any similar principle, might place these values and norms in jeopardy. It might risk displacing them in favour of the one overarching requirement that contractual agreements must serve distributive ends. Second, many of the values that apply to specific interactions between individuals have a distinctively relational character. They focus on the nexus linking the individuals in question. Such values are implicated when, for example, we speak of what one person owes to another, or of the first person as having wronged the second, or of the second as having a complaint against the first. Much of the private law as traditionally conceived has a similarly relational or ‘bipolar’ character”.

Entretanto, se considerarmos a justiça como equidade como uma concepção de justiça para a estrutura básica da sociedade apenas (e definirmos essa estrutura de acordo com o critério do impacto), então não é correto afirmar que o direito contratual (ou qualquer outra parte do direito privado) seria completamente determinado pelo princípio da diferença. O que o princípio da diferença, em conjunto com os demais princípios da justiça como equidade, determina são, quando muito, as grandes linhas do direito privado, isto é, as características dessa área de regulação cujo impacto sobre as expectativas dos cidadãos seja mais pronunciado.¹⁴

O limite da estrutura básica também implica que a aplicação de um direito privado orientado pela justiça como equidade não se funcionalize de maneira incompatível com o caráter tradicionalmente retrospectivo e correlativo do raciocínio judicial nesse âmbito do direito. Um receio é que, a fim de satisfazer princípios de justiça distributiva, decisões judiciais na área do direito privado tenham de ser consequencialistas. Em vez da interação pretérita das partes, essas decisões passariam a depender, pois, da conveniência, tendo em vista as consequências, de mandar ou não cumprir um contrato ou de condenar a parte ré a indenizar a autora. Dado, porém, que a justiça como equidade só se ocupa com as partes do regime de direito privado que pertençam à estrutura básica da sociedade – e, portanto, só com as linhas fundamentais dessa área de regulação – o que se sujeita às suas demandas distributivas são apenas as regras do direito privado, e não o seu modo de aplicação. Tampouco é provável, como ponderado anteriormente, que essas regras apelem elas mesmas para as consequências (do cumprimento de um contrato, etc.), o que sujeitaria as relações de direito privado à enorme imprevisibilidade.

A crítica da colonização pode ser restabelecida, no entanto, nos seguintes termos. Ainda que a justiça como equidade se limite à estrutura básica da sociedade, e que, portanto, os seus princípios não determinem as regras de direito privado em detalhe nem deem lugar a um consequencialismo judicial, o fato é que a sujeição à justiça como equidade subordina quaisquer outras normas e valores do direito privado a demandas distributivas. Essas outras normas – entre as quais provavelmente estariam aquelas às quais Scheffler se refere como relacionais ou bilaterais – só teriam guarida na regulação de direito privado à medida que não contrariasse princípios de justiça distributiva que, embora com âmbito de aplicação restrito aos grandes contornos do regime, gozariam de primazia. A crítica da colonização pode, pois, ser refeita com o sentido de se opor não ao alcance com que princípios distributivos são aplicados no direito privado, mas à prioridade conferida a esses princípios perante normas e valores que são próprios ou inerentes às relações entre particulares.

• • •

14 O receio de Scheffler mostra-se fundamentado, no entanto, se considerarmos o que afirmam Kordana e Tabachnick (2005) sobre as implicações da justiça como equidade para o direito privado.

Nos últimos anos, teorias do direito privado refratárias à justiça distributiva alcançaram notável grau de sofisticação.¹⁵ Como não é possível tratar aqui dessas críticas em todas as suas nuances, limito-me a fazer algumas breves considerações. Primeiro, e como já adiantado, à medida que a resistência à aplicação de princípios de justiça distributiva tenha relação ao zelo pela “integridade” do direito privado, isto é, pelas características estruturais de certa prática interpretativa – como a correlação entre autor e réu e o não consequencialismo –, essa resistência, ao menos no que toca a uma concepção de justiça como a justiça como equidade, é infundada. É verdade que não se pode descartar que, a depender das circunstâncias, os princípios da justiça como equidade requeiram renunciar, ao todo ou em parte, ao direito privado em favor de instituições alternativas. Em geral, no entanto, críticos opõem-se menos à abolição das práticas de direito privado do que à “contaminação” dessas práticas por princípios que não condizem ao seu caráter.¹⁶ Quanto a isso, deve-se insistir para o fato de que um direito privado conformado, em linhas gerais, pelos princípios de uma concepção de justiça procedimental pura, como é a justiça como equidade, seria, por razões próprias a esses mesmos princípios, um direito privado constituído por regras de aplicação previsível – regras, pois, cuja aplicação se orientaria pelas características da interação entre autor e réu, e não pelas consequências da decisão para a sociedade em geral.

Em compensação, deve-se atentar aos limites – e ao caráter ideológico, até – de teorias do direito privado que, com o apelo a princípios de justiça transacional que privilegiam a relação entre autor e réu (partes de um contrato, agente e vítima do dano, etc.), releguem a um plano secundário o fato de as regras de direito privado serem parte de uma estrutura institucional mais ampla com base na qual a cooperação social (e a distribuição de seus benefícios e ônus) se dá. Contratos e atividades danosas (para ficarmos com esses dois exemplos) não ocorrem isoladamente, mas em um contexto institucional que vai muito além das regras diretamente aplicáveis a essas operações, um contexto que inclui regras sobre a propriedade em geral, o investimento, a produção e a tributação. A pretensão de que regras de direito privado sejam adequadamente justificadas nos impede de ficar indiferentes ao fato de essas regras fazerem parte de um sistema mais amplo de cooperação.

7. FORST E O DIREITO DE JUSTIFICAÇÃO

Encerro este artigo com breves considerações sobre a teoria da justiça que Rainer Forst tem desenvolvido nos últimos anos a partir da ideia de um direito de justificação. Para além de

• • •

¹⁵ Entre os autores a consultar estão Ernest Weinrib (1995), Arthur Ripstein (1999) e Jules Coleman (2001).

¹⁶ É o caso, por exemplo, de Weinrib (1995).

certa afinidade, há discrepâncias notáveis entre a justiça como equidade de Rawls e o direito de justificação de Forst para as quais darei ênfase a seguir.

A teoria da justiça de Forst é, como a de Rawls, uma teoria construída a partir da ideia de razão prática. Em Forst, no entanto, essa construção, feita nos moldes de uma pragmática formal (FORST, 2012), não dá lugar a determinados princípios de justiça (como os princípios escolhidos na posição original de Rawls), mas a um direito de justificação. Esse é um direito de sujeitos capazes de razão a submeterem-se apenas a normas que não sejam (razoavelmente) de rejeitar, isto é, normas amparadas por razões que não satisfazem a critérios de reciprocidade e generalidade. De acordo com o primeiro desses critérios, não podemos recusar a outros algo que reclamamos para nós (reciprocidade de conteúdo), nem lhes atribuir interesses ou valores ou fazer apelo a verdades que não são compartilhadas (reciprocidade de razões). O critério da generalidade, por sua vez, requer que as razões para a justificação de normas sejam compartilháveis por todos os afetados.

Uma implicação importante do direito de justificação é a sua dependência em relação a discursos reais. A validade de uma norma somente pode ser aferida em procedimentos discursivos nos quais razões sejam aduzidas e a rejeitabilidade dessas razões pelos participantes seja testada. Esses discursos precisam, contudo, ocorrer sob certas condições, o que leva Forst a desdobrar sua concepção de justiça em dois níveis, nos seguintes termos: primeiro, uma estrutura básica de justificação é uma na qual se fazem presentes as condições para que normas sejam testadas discursivamente (nível de justiça fundamental ou mínima). Forst inclui nessa estrutura não somente liberdades, mas também certas condições materiais.¹⁷ Segundo, uma estrutura básica completamente justificada (nível de justiça máxima) é uma na qual as normas vigentes atendem ao direito de justificação, isto é, são normas justificadas por razões recíprocas e gerais (FORST, 2012, p. 196). “Justiça máxima significa, portanto, o estabelecimento de uma estrutura básica plenamente justificada, isto é, uma estrutura básica que confere os direitos, oportunidades na vida e bens que os cidadãos de uma sociedade justa não podem reciprocamente negar uns aos outros” (FORST, 2014, p. 115-116, tradução

...

17 Forst (2012, p. 196-197): “[...] um ‘pôr em marcha’ da justificação mediante procedimentos democráticos construtivo-discursivos, nos quais o ‘poder justificatório’ é distribuído tão igualmente quanto possível entre os cidadãos. O que é preciso para isso são direitos e instituições específicos e uma diversidade de meios, que vão desde particulares capacidades e informação até reais possibilidades de intervenção e controle no interior da estrutura básica; não se trata, portanto, de uma estrutura ‘minimalista’, ainda que seja uma estrutura materialmente justificada tão-somente pelo princípio da justificação [nota de rodapé omitida]”. No original: “a ‘setting in motion’ of justification through discursive-constructive democratic procedures, in which ‘justificatory power’ is distributed as equally as possible among citizens. What is needed for that is specific rights and institutions and a variety of means, from particular capabilities and information up to real possibilities for intervention and control within the basic structure: thus, not a ‘minimalist’ structure, though materially justified by the principle of justification alone [nota de rodapé omitida]”.

minha).¹⁸ Uma concepção de justiça como essa embasa uma crítica a relações de justificação que também ocorre em dois níveis: o nível da crítica às razões atualmente aduzidas para a justificação de normas e o nível, mais fundamental, da crítica às condições sob as quais essas razões são apresentadas, isto é, das condições sob as quais procedimentos discursivos têm lugar. (FORST, 2014, p. 8).

Uma diferença entre as concepções de justiça de Forst e Rawls reside no fato de que a primeira não se constitui de princípios já justificados e apenas à espera de aplicação. Uma estrutura básica completamente justificada, nos termos de Forst, depende de procedimentos discursivos reais.¹⁹ Em Rawls, em contrapartida, embora a deliberação democrática não seja posta de lado (RAWLS, 1997 e 2005), os princípios para a estrutura básica da sociedade, no sentido restrito que Rawls dá a essa expressão, encontram-se já justificados mediante o artifício teórico da posição original.

Outra diferença reside no alcance das duas concepções. Se, por um lado, a concepção de justiça de Forst é mais modesta do que a de Rawls, limitando-se a estipular condições para a justificação de normas, por outro lado, ela é mais ambiciosa quanto ao seu objeto, pois não se restringe às instituições de maior impacto para a distribuição dos benefícios e ônus da cooperação (isto é, à estrutura básica da sociedade, no sentido de Rawls). O que interessa para Forst são relações de justificação em geral – portanto, não apenas a justificação das principais instituições sociais, mas de quaisquer normas (inclusive normas não jurídicas).

Uma última diferença a ressaltar diz respeito à ênfase na distribuição. A questão central com a qual a justiça como equidade se ocupa é a questão da distribuição dos benefícios e ônus da cooperação social ou, mais precisamente, das instituições sob as quais essa distribuição se dá. Para alguns intérpretes (por exemplo, YOUNG, 1990), essa ênfase no problema distributivo relegaria a um segundo plano questões cruciais, como a da propriedade dos meios de produção, da opressão contra as mulheres e do racismo – questões que não seriam tratáveis como de mera distribuição. No caso de Forst, em contrapartida, o que se sujeita ao requerimento de justificação não são apenas padrões distributivos, mas relações sociais em geral (FORST, 2014, p. 18-19; FORST, 2017, Cap. 7). Assim, mesmo uma estrutura básica ideal do ponto de vista distributivo – por exemplo, uma que maximiza as expectativas dos cidadãos em pior situação – pode ser criticada por envolver relações de dominação ou opressão injustificáveis.

...

18 No original: “Maximal justice then means the establishment of a fully justified basic structure, that is, a basic structure that grants those rights, life chances, and goods that citizens of a just society could not reciprocally deny each other”.

19 Esses procedimentos incluem tanto os que precedem imediatamente decisões políticas vinculantes (por exemplo, em parlamentos e tribunais) quanto os que se dão no âmbito de associações particulares e nos meios de comunicação social.

8. JUSTIÇA COMO EQUIDADE E DIREITO DE JUSTIFICAÇÃO: DOIS DESENHOS DA JUSTIÇA NO DIREITO PRIVADO

Nesta última seção, faço um esforço para resumir as considerações anteriores com dois desenhos da justiça no direito privado, o primeiro, baseado nas considerações feitas anteriormente sobre as implicações da teoria da justiça de Rawls para o direito privado e o segundo, com mais nítido caráter de esboço, a partir da sintética apresentação da concepção de justiça como direito de justificação de Forst feita na seção precedente.

O direito privado da justiça como equidade é um direito cujas características principais – entendidas como tais aquelas com mais impacto sobre as expectativas dos cidadãos quanto à distribuição de bens primários – fazem parte de uma estrutura institucional mais ampla, ou estrutura básica, que deve se conformar aos princípios que, segundo Rawls, seriam escolhidos na posição original. De acordo com essa concepção, não há estados de coisas distributivos que o direito privado (ou quaisquer outras instituições) devam perseguir – muito menos estados de coisas a serem levados em consideração, à moda consequencialista, na aplicação das regras de direito privado. Como concepção de justiça procedimental pura, a justiça como equidade trata o direito privado como parte de um processo social sujeito a certos princípios (em vez de atrelado à realização de certos objetivos). A depender das circunstâncias, a justiça como equidade é compatível com a ideia de que partes inteiras do direito privado sejam abolidas ou substituídas por outras instituições.

Tendo como ponto de partida um direito à justificação nos moldes defendidos por Forst, a justiça do direito privado fulcrar-se-ia na reciprocidade e generalidade das razões aduzidas em favor de suas normas, bem como em uma estrutura básica de justificação. O imperativo de justificação aplica-se à totalidade do direito privado, e não apenas às suas partes com maior impacto sobre as expectativas dos cidadãos. Em contraposição à justiça como equidade, a demanda que o direito de justificação impõe ao direito privado é uma demanda por razões recíprocas e gerais, e não por razões vinculadas a uma particular forma de justiça – como a justiça distributiva. É plausível que demandas distributivas tenham de ser atendidas a fim de lograr uma estrutura básica de justificação, mas não necessariamente por meio do direito privado. Em contrapartida, embora agnóstica quanto à forma de justiça – distributiva, corretiva ou outra – pela qual o direito privado deve se orientar, a concepção de justiça de Forst não é compatível a estratégias de justificação que arbitrariamente tratem o direito privado como objeto à parte, isto é, independente da estrutura institucional mais ampla à qual pertence. É uma questão aberta a de saber se o direito privado pode ser adequadamente justificado²⁰ de maneira independente de outras instituições, mas uma questão – eis o ponto – a ser respondida discursivamente. Em contraposição à ideologia de um direito privado

•••

²⁰ Tal como pretende Ernest Weinrib (1995).

como corpo de normas ancoradas em um saber especializado e alheio a decisões políticas fundamentais – como corpo de normas, portanto, pouco afeito à deliberação pública – uma estrutura básica de justificação deve propiciar condições para que as questões do direito privado – questões sobre a propriedade, sobre os requisitos de validade de contratos, sobre a responsabilidade por danos, etc. – possam ser discursivamente enfrentadas com a participação de todos os afetados.

AGRADECIMENTOS

O autor agradece a dois pareceristas anônimos pelos generosos (conquanto críticos) comentários feitos a uma versão anterior deste artigo, bem como ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pelo apoio financeiro à pesquisa.

REFERÊNCIAS

COHEN, Gerard Allan. *Rescuing Justice and Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

FORST, Rainer. *Normativity and Power*. Tradução Ciaran Cronin. Oxford: Oxford University Press, 2017.

FORST, Rainer. *Justification and Critique: Towards a Critical Theory of Politics*. Tradução Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2014.

FORST, Rainer. *The Right to Justification*. Tradução Jeffrey Flynn. Nova York: Columbia University Press, 2012.

FREEMAN, Samuel. *Liberalism and Distributive Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

KORDANA, Kevin A.; TABACKNICK, David H. Rawls and Contract Law. *George Washington Law Review*, v. 73, n. 3, p. 598-632, 2005.

KRONMAN, Anthony Townsend. Contract Law and Distributive Justice. *Yale Law Journal*, v. 89, n. 3, p. 472-511, 1980.

MURPHY, Liam B. Institutions and the Demands of Justice. *Philosophy & Public Affairs*, v. 27, n. 4, p. 251-291, 1998.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Ed. ampl. Nova York: Columbia University Press, 2005.

RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Belknap Press, 2001.

RAWLS, John. The Idea of Public Reason Revisited. *University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, p. 765-807, 1997.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap Press, 1971.

RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SCHEFFLER, Samuel. Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 2, p. 213-235, 2015.

WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ZANITELLI, Leandro Martins. Duas concepções de justiça e o direito privado: Rawls e Forst. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2219. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202219>

Leandro Martins Zanitelli

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS). PROFESSOR ADJUNTO NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG).

leandrozanitelli@gmail.com

1 Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito, Brasília,
Distrito Federal, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-9253-4787>

2 Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito, Brasília,
Distrito Federal, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-3644-7595>



Discutindo o afroempreendedorismo: reflexões sobre o conceito a partir dos casos brasileiro e colombiano

DISCUSSING BLACK ENTREPRENEURSHIP: ANALYSIS ON THE CONCEPT THROUGH COLOMBIAN AND BRAZILIAN CASES

Daniela Nunes de Amartine¹ e Marcos Vinícius Lustosa Queiroz²

Resumo

O artigo debate o conceito de afroempreendedorismo e as suas consequências para o direito, valendo-se da crítica ao racismo e às relações raciais na América Latina. Para tanto, primeiro, apresenta as características do empreendedorismo dentro do marco do direito empresarial. Desses atributos, desprendem-se os elementos centrais do que seria o afroempreendedor. Em um segundo momento, a partir de entrevistas com empreendedores negros realizadas em Bogotá e Brasília, delimita-se uma estrutura aberta do conceito de afroempreendedorismo, conectada com o cotidiano e as demandas dos próprios comerciantes. Com isso, entende-se que essa estrutura conceitual aberta é a mais adequada a um campo de investigação e intervenção ainda incipiente, respeitando as definições dos próprios empreendedores. Ademais, ela se apresenta como mais apropriada na formulação de políticas públicas e na orientação do sistema jurídico diante dos desafios da igualdade racial e do enfrentamento do racismo nas Américas, inscritos na Constituição brasileira de 1988 e na Constituição colombiana de 1991.

Palavras-chave

Empreendedorismo; relações raciais; afroempreendedorismo; direito empresarial; direito comparado.

Abstract

The paper discusses the concept of black entrepreneurship and its consequences for the law, drawing on the criticism of racism and race relations in Latin America. Therefore, first, it presents the characteristics of entrepreneurship within the framework of business law. From these attributes, it develops the central elements to identify the afro-entrepreneurship. In a second step, based on interviews with Black entrepreneurs held in Bogotá and Brasília, an open structure of the concept of afro-entrepreneurship is defined, connected with the daily life and the demands of the Black entrepreneurs themselves. Thereby, it is understood that this open conceptual structure is the most suitable for a field of research and intervention that is still incipient, respecting the definitions of the entrepreneurs themselves. In addition, it presents itself as more appropriate in the formulation of public policies and in the orientation of the legal system in the face of the challenges of racial equality and the fight against racism in the Americas, registered in the Brazilian Constitution of 1988 and the Colombian Constitution of 1991.

Keywords

Entrepreneurship; racial relations; afro-entrepreneurship; business law; comparative law.

INTRODUÇÃO¹

Em diversos campos de estudo das ciências sociais, as interconexões entre as relações raciais com a circulação de riqueza, o capital, a formação de patrimônio e as dinâmicas empresariais passaram a ser trabalhadas, analisadas e debatidas nos últimos anos. Como pano de fundo, há o entendimento de que os processos econômicos não são passíveis de explicação sem a compreensão dos marcadores raciais. Contrariando hipótese ancorada em certa tradição do pensamento nacional – de que as diferenças e clivagens entre negros e brancos se diluíram com a passagem do regime escravista para o mundo do trabalho livre (FERNANDES, 2008) –, esses novos estudos apontam como o racismo se reinventa e se rearticula na sociedade capitalista, ao mesmo tempo que a constitui e mobiliza sua dinâmica interna (ROCHA, 2015; PAIXÃO, 2013; COELHO JÚNIOR, 2011).²

No entanto, esse debate formulado somente dá os seus primeiros passos na pesquisa jurídica. Especificamente em relação ao ramo responsável por compreender e regular os processos de circulação de riqueza, o direito empresarial, essa aproximação com os estudos das relações raciais é praticamente inexistente. Nesse sentido, o artigo pretende enfrentar esse silêncio. Por meio do entrelaçamento entre direito e relações raciais, com foco na área do empreendedorismo, busca-se a conceitualização do termo “afroempreendedor” e uma reflexão sobre suas consequências jurídicas e políticas no contexto latino-americano.

“Afroempreendedorismo” é um termo que ainda não possui conceito definido, sendo interpretado de modos distintos por autores e entidades governamentais. Há uma disparidade de definições, especialmente entre os marcos legais sobre o assunto e os agentes e grupos comerciais envolvidos com a área. Ademais, praticamente não há pesquisa jurídica que dimensione as nuances do afroempreendedorismo a partir das experiências de longa duração da população negra, como o racismo e as reinvenções de África nas Américas. Diante dessas questões, o artigo procura desprender e diferenciar o conceito de afroempreendedorismo do de empreendedorismo. Também procura dimensionar e refinar como os elementos do

...

- 1 Este artigo é resultado das atividades do projeto “Justiça, racismo e sexismo: dimensões da desigualdade nos sistemas de justiça do Brasil, dos EUA e da Colômbia, as estratégias de análise do controle judicial”, aprovado e financiado no âmbito do Programa de Desenvolvimento Acadêmico Abdias Nascimento, Edital Secadi/Capes, n. 02/2014, sob a supervisão dos professores Evandro Piza Duarte, Claudia Mosquera Rosero-Labbé e Rosembert Ariza Santamaría, na Universidade de Brasília e na Universidad Nacional de Colombia.
- 2 No Brasil, seguindo abordagens desenvolvidas pelo movimento negro em sua rearticulação nos anos 1970, é fundamental a obra *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*, de Carlos Hasenbalg, publicada em 1979. Por meio da interpretação sociológica dos dados estatísticos, o livro demonstrava como as permanências e mutações da desigualdade racial decorriam do racismo, não sendo explicáveis apenas de um ponto de vista “puramente” econômico. Ou seja, rompia-se com o paradigma anterior vigente nas ciências sociais brasileiras.

afroempreendedorismo podem ser interpretados à luz de uma hermenêutica jurídica e da construção de políticas públicas comprometidas com a promoção da igualdade racial.

Para tanto, a aproximação do conceito será feita pela análise de entrevistas semiestruturadas realizadas com afroempreendedores nas cidades de Bogotá e Brasília, no ano de 2018. A partir da autopercepção dos próprios empreendedores, serão esmiuçados elementos e discussões que preenchem e dão sentido à palavra “afroempreendedor” na experiência concreta dos comerciantes. Com base nesses relatos, é possível extrair características que balizem uma conceituação jurídica, além de tornar possível uma ancoragem interpretativa desse conceito nas vivências, histórias e dilemas da população negra.

A escolha da realização do campo no Brasil e na Colômbia se justifica especialmente por três razões. Primeiro, ao lado dos Estados Unidos, Brasil e Colômbia são os países da América com as maiores populações afrodescendentes, além de compartilharem um passado marcado pela escravidão (ROSETO-LABBÉ, 2017; THEODORO, 2008). Nesse sentido, apresentam realidades importantes para compreender os dilemas e as contradições na concretização da cidadania negra nas formações nacionais latino-americanas, a exemplo das dificuldades de negros e negras adquirirem independência financeira, constituírem patrimônio ou se tornarem donos dos seus próprios negócios.

Ademais, Colômbia e Brasil compartilham, em grande medida, um mesmo mito fundador da identidade nacional: o de que são países mestiços e marcados por uma suposta harmonia/democracia racial (MUNANGA, 2019; SANTOS, 2014). São, assim, representativos das ideologias que conformaram, por muito tempo, o debate público e jurídico a respeito do racismo e dos direitos dos negros em outros países do continente. Essas ideologias, em linhas gerais, afirmam que a mestiçagem anula os antagonismos entre negros e brancos, e, consequentemente, desnatura a influência do racismo sobre a sociedade (ANDREWS, 2007; NASCIMENTO, 2017; MOURA, 1988). Perante a inexistência do racismo, não haveria a necessidade de se falar em medidas afirmativas e políticas públicas enfocadas para a população negra (DUARTE, 2011; ROSETO-LABBÉ e DÍAZ, 2015). Ainda que esse discurso nacional tenha perdido força nos últimos anos, ele ainda permeia o imaginário político do continente, afetando a estruturação do sistema jurídico e a construção de políticas públicas por meio da invisibilização da presença da população negra e dos seus respectivos dilemas.

Por fim, uma terceira característica que justifica a escolha dos dois países são os marcos constitucionais inaugurados na virada da década de 1980 para a de 1990 do século XX. Tanto a Constituição brasileira de 1988 como a Constituição colombiana de 1991 são os primeiros textos constitucionais, de cada país, a reconhecer a pluriétnica da nação, o passado da escravidão, a presença do racismo na contemporaneidade e a necessidade da adoção de medidas destinadas a erradicá-lo (DUARTE e SCOTTI, 2013; CASTELBLANCO, 2017). Ou seja, no plano jurídico, são instrumentos normativos que rasuraram os discursos hegemônicos sobre a identidade nacional, permitindo a construção de marcos legais e políticos em torno dos direitos da população negra. Temos, como exemplo, as cotas raciais no Brasil

e a Lei n. 70 na Colômbia, que versa, sobretudo, sobre os territórios das comunidades negras no país.

Esses três elementos evidenciam como o tema do afroempreendedorismo não interessa somente ao campo das relações raciais no direito empresarial, mas à análise das próprias condições de realização da democracia em países ainda marcados pelo racismo e pela desigualdade racial. Na medida em que a prática do afroempreendedor está inserida em um contexto histórico-social mais abrangente, a formulação do conceito no plano jurídico deve dar conta desses fenômenos. Assim, partindo da pesquisa de campo no Brasil e na Colômbia para perquirir uma conceituação adequada às Américas do termo “afroempreendedorismo”, o artigo se divide em duas seções. Primeiro, apresenta como o tema do afroempreendedorismo se relaciona ao e se desprende do empreendedorismo em geral, bem como apresenta definições legais e da sociedade civil sobre o assunto. Posteriormente, analisam-se as entrevistas como forma de refinar o conceito de afroempreendedor. Com isso, objetiva-se fornecer elementos para que a discussão jurídica sobre afroempreendedorismo não relativize ou olvide a experiência vivida da diáspora africana no continente, ao passo que também seja feita com a responsabilidade necessária para o enfrentamento do racismo.

1. EMPREENDEDORISMO E AFROEMPREENDEDORISMO: NUANÇAS E DIFERENÇAS

O empreendedorismo é caracterizado como um processo de criação de algo inovador e com valor, sendo necessários a dedicação de tempo, o esforço e a assunção de riscos financeiros, psicológicos e sociais com o objetivo de obter recompensas econômicas e pessoais (HISRICH e PETERS, 2004). Em geral, ele é estudado pela administração e pela economia, em que a atividade empreendedora aparece como o “processo de tomar e colocar em prática decisões sobre objetivos e utilização de recursos” (MAXIMIANO, 1997, p. 16). Já no campo jurídico, a área responsável por estudar, regular e superar os conflitos de interesse entre os agentes que exercem atividades econômicas é o direito comercial, também denominado direito empresarial (COELHO, 2016; TOMAZETTE, 2013).

Do ponto de vista jurídico, não existe um consenso na academia sobre a conceituação de empreendedorismo, mas é possível dizer que este se caracteriza por um conjunto de práticas que são capazes de gerar riqueza e proporcionar uma melhor performance às sociedades que o apoiam (BAGGIO e BAGGIO, 2014). Apesar de não ser uníssono, segundo Baggio e Baggio (2014) três são as características em comum aos empreendedores dentro das distintas conceituações: iniciativa para criar um novo negócio e paixão pelo que faz; utilização dos recursos disponíveis de forma criativa transformando o ambiente social e econômico onde vive; e aceitação dos riscos e da possibilidade de fracassar.

De acordo com Coelho (2016), um empresário é um indivíduo que toma a iniciativa de organizar certa atividade econômica de produção ou de circulação de bens ou serviços. Tomazette (2013) adiciona à conceituação o fato de o empresário ser um sujeito de direito munido

de personalidade, que pode ser tanto física como jurídica. O autor ainda indica os elementos característicos essenciais na figura do empresário, que são: economicidade, organização, profissionalidade, assunção de riscos e direcionamento ao mercado (TOMAZETTE, 2013). Seguindo o mesmo raciocínio, Fazio (2016) diz que o empresário, seja na modalidade unipessoal ou de sociedade, é um agente que pratica determinada atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços visando ao lucro.

Os empreendedores são hoje, em escala mundial, partes integrantes dos processos econômicos e da circulação monetária (BAGGIO e BAGGIO, 2014). Nas palavras de Hisrich (*apud* BAGGIO e BAGGIO, 2014, p. 26), “O papel do empreendedorismo no desenvolvimento econômico envolve mais do que apenas o aumento de produção e renda *per capita*; envolve iniciar e constituir mudanças na estrutura do negócio e da sociedade”. Para Drucker (1998), os empreendedores não causam mudanças, mas se utilizam das oportunidades oriundas das constantes mudanças sociais.

Os empresários, de acordo com Coelho (2016), são pessoas que, estimuladas pelo ganho pecuniário, estruturam organizações econômicas especializadas para atender às necessidades diárias da população. Essas pessoas possuem uma vocação para a atividade empresarial que, de acordo com o citado autor, caracteriza-se pela junção de quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumo e tecnologia. O capital é o aporte financeiro que será responsável pela criação da empresa, a mão de obra são os funcionários necessários para a execução da empresa, o insumo são os materiais necessários para tal execução e a tecnologia é referente ao desenvolvimento constante do empreendimento por meio dos aportes tecnológicos disponíveis. Segundo o autor, um comerciante que não possui essas quatro características não pode ser considerado um empresário (COELHO, 2016). Por exemplo, um vendedor que leva seus produtos consigo para obter lucro nas ruas não possui mão de obra contratada, logo, apesar de buscar o lucro, essa pessoa não pode ser caracterizada como um empresário.

O Código Civil brasileiro de 2002 define a figura do empresário como: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Já na legislação colombiana, a conceituação do termo é feita por meio do Decreto n. 410 de 1971, o qual emite o Código de Comércio do país:

Art. 10. São comerciantes as pessoas que, profissionalmente, se ocupam em alguma das atividades que a lei considera mercantil. A qualidade de comerciante se adquire mesmo que a atividade mercantil seja exercida por procurador, intermediário ou interposto.

[...]

Art. 21. Serão considerados mercantis todos os atos dos comerciantes relacionados com atividades ou empresas de comércio, e os exercidos por qualquer pessoa para assegurar o cumprimento das obrigações comerciais. (Tradução nossa)

Sob a ótica de que “a liberdade escraviza e a lei liberta” (LACORDAIRE *apud* COELHO, 2016, p. 32), o princípio da isonomia é hoje um grande alicerce das relações comerciais. Mecanismos criados pelo Estado com a intenção de equalizar as pretensões de sujeitos desiguais se tornaram cada vez mais presentes nas últimas décadas nas relações empregador-empregado, empresário-consumidor, franqueador-franqueado, etc. (COELHO, 2016). Dialogando com essas ideias, Fazzio (2016, p. 29), em seu *Manual de direito comercial*, faz a seguinte afirmação:

A atividade econômica sempre foi e é a matriz de relações fundamentais de infraestrutura determinantes da superestrutura política e jurídica. Sem a preocupação de verticalizar, basta dizer que a necessidade de regulamentação da atividade econômica tem sido um permanente e necessário componente dos sistemas jurídicos, em todas as fases da história humana. O Direito sempre caminha atrás da realidade, apreendendo-a para conformá-la aos padrões éticos e sociais. De tal forma que, inevitavelmente, suporta modificações na mesma proporção em que os sucessivos quadros econômicos se transformam.

Não raro encontramos pronunciamentos semelhantes a esse, afirmações no sentido de que o Direito está sempre disposto a se modificar para fazer valer os princípios que diz seguir. Mas estaria esse ideal sendo alcançado em sua plenitude nas relações comerciais quando as intersecções raciais entram em cena? Ou ainda, estariam as agências governamentais responsáveis se empenhando o suficiente para a garantia da concretização desses princípios?

Nesse contexto, é importante questionar se a narrativa jurídica sobre o empreendedorismo, construída com ares de universalidade e que fundamenta os marcos normativos e as doutrinas hegemônicas, é suficiente ou adequada para lidar com realidades de sociedades pós-coloniais e pós-escravistas, ainda fortemente racistas, como os casos de Brasil e Colômbia. Em geral, essa história possui um tom eurocêntrico, marcado por três elementos fundamentais: o foco nos fenômenos ocorridos, sobretudo, na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos (MAXIMIANO, 1997); o silenciamento sobre os vínculos existentes entre capitalismo e escravidão na conformação do sistema-mundo moderno (WILLIAMS, 2002; MARQUESE, 2012; WALLERSTEIN, 2004); e o apagamento da agência das populações subalternizadas, não só do ponto de vista político e cultural, mas também como agentes circuladores de riquezas (DAVIS, 2016; CALDEIRA, 2009).

Constrói-se a imagem do burguês branco, iluminado pelas vivas ruas de Paris e Londres, formando sua moral política e econômica entre cafés, reuniões políticas e inventos industriais – sem nunca mencionar os vínculos desse mesmo burguês com as *plantations* nas Américas ou o tráfico negreiro transatlântico –, às expensas de uma imaginação que dê conta de que parte da circulação de riqueza pelas ruas das principais cidades latino-americanas, como Salvador, Cartagena, Rio de Janeiro e Popayán, era feita por homens e mulheres negras, a exemplo de sapateiros, ferreiros, carpinteiros, quitandeiras, aguadeiras, lavadeiras, mercadoras,

vendedeiras de toda espécie, como bem aponta recente historiografia (MÚNERA, 2008; FARIAS, 2012; POPINIGIS, 2012; SOUZA, 2014). Por outro lado, novas pesquisas informam que essa realidade não ficou no passado.³

A saga de Kehinde, também conhecida como Luísa Mahin, narrada por Ana Maria Gonçalves no romance *Um defeito de cor* (2006), é uma bela demonstração dos vínculos entre circulação da riqueza, construção da liberdade e agências da população negra nas Américas. Mais do que isso, ao relatar como a atividade empreendedora exercida sobre situações-limite, primeiro como escrava de ganho e, posteriormente, como liberta, em que o ato comercial carrega consigo a luta pela liberdade pessoal e de seus semelhantes – liberdade real e não apenas metafórica – mais do que a possibilidade de constituição de capital, o romance de Ana Maria Gonçalves chama a atenção para o fato de que qualquer sistema jurídico que ignore esse passado e esse presente de extremas violências e desigualdades é incapaz de efetivar os direitos da imensa maioria da população. Ao contrário: corrobora e aprofunda uma ordem injusta.

Essa constatação se torna ainda mais importante quando esse mesmo sistema jurídico atuou e continua atuando para impedir a prática comercial por pessoas negras. Se durante o período escravista a suspeição sobre a pele negra era generalizada, acarretando posturas de controle urbano que colocavam sob vigilância as atividades comerciais de escravos e libertos (REIS, 2016), a transição para o pós-abolição foi marcada pela “gestão das ilegalidades”, que cerceava agências econômicas no espaço público de negros e negras (NOVAES, 2017). Assim, há uma longa história de branqueamento de zonas urbanas, acompanhada da expropriação das práticas e dos saberes negros, em que os Estados latino-americanos foram protagonistas, atuando positivamente por meio de posturas municipais, batidas policiais, normas de conduta e comportamento e distribuição desigual de benefícios e restrições (BERTÚLIO, 2019). Diferentemente do que se conta, os negros não foram abandonados à própria sorte na América Latina após o término da escravidão, ao contrário, tiveram suas vidas extremamente dificultadas pelos respectivos estados-nações, em que o devir branco não significava apenas “melhorar a população em termos raciais”, mas garantir e aprofundar a reprodução extremamente branca do capital (MOURA, 1988). Essa lógica oculta, que vincula Estado, patrimonialismo e supremacismo branco, é a história não contada do capitalismo e empreendedorismo no continente.

Diante dessas considerações, nota-se a relevância do conceito de afroempreendedorismo, especialmente em realidades marcadas pela considerável presença negra e pelas profundas

...

3 Segundo pesquisa de 2017 realizada pela Global Entrepreneurship Monitor, em parceria com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), negros correspondem a 51% dos empresários no Brasil. No entanto, são apenas 1% entre os que ganham de R\$ 60 mil a R\$ 360 mil e correspondem a 60% dos empreendedores que não lucram nada. Para mais informações, veja-se IBQP (2018).

desigualdades raciais, a exemplo de Brasil e Colômbia. Especificamente na academia brasileira, um estudo emblemático sobre os empresários negros é *Destino manifesto: estudo sobre o perfil familiar, social e econômico dos empreendedores/as afro-brasileiros/as dos anos 1990*, realizado em 2003 por Marcelo Paixão como um relatório para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). O trabalho possui tamanha importância por ser uma análise inédita para a superação da lacuna até então existente nos estudos sobre os indicadores sociais dos empreendedores negros no país, sendo até hoje utilizado como marco teórico e referência nacional.

Após analisar os trabalhadores autônomos negros e brancos de distintas macrorregiões do país, Paixão (2003) concluiu que existia acentuado hiato separando as condições de reprodução econômica e social entre os dois grupos étnicos, além de uma minoria negra compor a categoria ocupacional gerencial. O autor alega que dificilmente as tradicionais políticas públicas voltadas para a geração de emprego e aumento de renda atingirão seus objetivos se os elementos causadores das diferenças étnico-raciais não forem postos em consideração e enfrentados singularmente. O estudo do empreendedorismo com a intersecção racial traz à tona uma visão mais crítica em relação ao estudo clássico da matéria, nas palavras de Paixão (2003, p. 146-147):

[...] a indiferenciação da categoria dos empreendedores poderia parecer aceitável nos marcos de teorias que procuravam compreender, puramente, a dimensão estrutural de funcionamento do mercado de trabalho e sua função na dinâmica da acumulação capitalista. Todavia, esta postura é menos defensável no caso concreto de aplicação de políticas públicas de geração de emprego e renda, quando a plena compreensão do perfil das categorias ocupacionais a serem beneficiadas, pode se transformar em um fator crucial no processo de acerto, ou erro, na condução de uma determinada política social.

Além da discussão sobre a constituição racialmente desigual do mercado de trabalho, um elemento sempre presente quando debatemos o afroempreendedorismo é a cultura, que se caracteriza por ser um conjunto de características não inatas que se criam e se preservam por meio da cooperação de indivíduos em sociedade, que permeia espiritualidade, normas de comportamento, criação material, expressividades, vestimentas, etc. (BRASIL, 2014). Os negros africanos trazidos forçadamente à América no período escravocrata carregaram consigo sua cultura, a qual foi transformada e reinventada sob as novas condições e hoje está inserida nas culturas nacionais americanas (ORTIZ, 2017; SOARES e GOMES, 2002; MINTZ e PRICE, 2003). Desse modo, atualmente existe forte influência cultural e material proveniente da África expressa das mais diferentes formas, inclusive no comércio.

A expressiva influência cultural da população negra nas Américas e a permanência do racismo possibilitam um consumo diferenciado e inovador: o afroconsumo. Este é um movimento que surge na Nigéria e nos Estados Unidos e demarca a necessidade social de identificação e

reconhecimento dos cidadãos negros quando vão consumir os mais diversos produtos (ETNUS, 2016). O afroconsumo pode ser definido da seguinte maneira:

Um movimento de contracultura, que considera a influência direta ou indireta das características étnico-raciais nas experiências do consumo, conscientes ou inconscientemente, protagonizando a estética e as características raciais e culturais intrínsecas aos afrodescendentes. Esta disruptura surge como expressão das demandas de sujeitos ainda invisíveis aos olhos do mercado em sua totalidade (comunicação, produção industrial, etc.), que possam exigir que suas individualidades e especificidades sejam consideradas e respeitadas. Esta união de pessoas pela identidade e necessidade potencializa o surgimento de um novo nicho de consumo, colocando os afro-brasileiros no centro dos estudos. (ETNUS, 2016, p. 10)

Em 2017, o Sebrae desenvolveu um estudo para analisar o mercado das feiras de afroempreendedores no Rio de Janeiro. O enfoque da pesquisa foi em empreendedores que atuam nas feiras de afroempreendedorismo que comercializam produtos relacionados à ancestralidade africana, produtos esses que também transformam o meio social por meio da representação negra e da narrativa antirracista (SEBRAE, 2017).

A conceituação de afroempreendedor trazida pela entidade é restrita, sendo este um “pequeno empresário que se declara negro e que manufatura e/ou comercializa produtos voltados para sua própria etnia” (SEBRAE, 2017, p. 15). Por outro lado, quando se fala da ordem jurídica, a definição é mais abrangente. Especificamente no Distrito Federal, a palavra “afroempreendedor” ainda é compreendido pela Lei distrital n. 5.447/2015, que institui o Programa Afroempreendedor no Distrito Federal, como “um brasileiro afrodescendente que conduz empresa ou empreendimento” (DISTRITO FEDERAL, 2015). O estudo do Sebrae afirma, ainda, que as pessoas incluídas nesse grupo construíram seu negócio a partir da história pessoal de exclusão e possuem uma visão de mundo propensa a valorizar os aspectos culturais relacionados ao comércio. Estima-se que 18,9% dos afroempreendedores ingressaram nesse ramo para suprir as demandas consumeristas da população negra (SEBRAE, 2017).

Portanto, dois conceitos de afroempreendedorismo emergem no horizonte. O primeiro, geralmente elaborado por organizações sociais negras voltadas para a inclusão social, afirma que afroempreendedor é um empresário que se autodeclara negro e que possui um negócio voltado à comercialização de produtos e/ou serviços relacionados à cultura negra, seja africana, seja latina: o afroempreendedorismo. O segundo, normalmente expresso em legislações, políticas públicas e pesquisas do Estado, descreve o afroempreendedor como uma pessoa que se autodeclara negra e comercializa quaisquer tipos de produtos e serviços, ou ainda uma pessoa que tenha seu público consumerista exclusivamente negro (TEIXEIRA, 2017; DISTRITO FEDERAL, 2015; SEBRAE, 2017).

O primeiro está atrelado à força política trazida pelo afroempreendedorismo como processo de luta por igualdade, refletindo não apenas a face meramente empresarial, mas também a difusão da cultura negra, a alteração das concepções racistas existentes na sociedade, o fortalecimento da identidade negra, o estímulo à autoestima das pessoas negras, etc. Essa interpretação do termo “afroempreendedorismo” encontra suporte em uma definição apresentada por Nascimento (2018) ao relatar a explicação feita por uma representante do Coletivo das Pretas em um evento realizado em 2015. Na oportunidade, foi elucidado que um afroempreendedor é uma pessoa autodeclarada preta ou parda que produz e/ou oferece serviços ou produtos relacionados à identidade cultural afro-brasileira. Já o empreendedor negro seria uma pessoa que igualmente se autodeclara preta ou parda e desenvolve um negócio não necessariamente correlacionado à questão étnico-racial negra (NASCIMENTO, 2018).

Por outro lado, a segunda definição decorre das disputas em torno das estatísticas e das políticas de promoção da igualdade racial, tendo como enquadramento qualquer empresário negro, independentemente do bem comercializado ou do sentido do negócio. Nesse sentido, a partir de uma constatação das clivagens entre brancos e negros no mercado de trabalho e no mundo empresarial, o termo “afroempreendedorismo” demarcaria essa diferença e visibilizaria a existência de empreendedores negros e a necessidade de políticas específicas baseadas no recorte racial.

Diante desses dois enquadramentos, um mais restrito e outro mais abrangente, a seção 2 busca compreender, a partir de entrevistas realizadas nas cidades de Bogotá e Brasília no ano de 2018, como os próprios empreendedores negros se enxergam. A constatação dessa auto-percepção fornecerá elementos para uma melhor delimitação do conceito de “afroempreendedor” e de suas respectivas consequências em termos jurídicos e políticos.

2. O CONCEITO DE AFROEMPREENDEDORISMO: REFLEXÕES A PARTIR DE BRASIL E COLÔMBIA

Com o objetivo de aprofundar a análise sobre o campo e o conceito de “afroempreendedorismo”, além do seu entrelaçamento com as políticas públicas e o Direito, a exemplo das políticas de crédito, e com a construção da identidade nacional na América Latina, foram realizadas dez entrevistas semiestruturadas com afroempreendedores de empresas de pequeno e médio porte nas cidades de Bogotá e Brasília, sendo cinco entrevistas em cada, no ano de 2018. Por razões éticas, optou-se por preservar a identidade de todos os entrevistados, por isso seus nomes não serão expostos.

Todos os empreendedores entrevistados são formalizados e trabalham em espaços físicos regularizados. A metodologia de escolha dos entrevistados teve que ser adaptada em cada país objeto da pesquisa. Em Bogotá, uma cidade com bairros evidentemente marcados pelo fator racial, três dos entrevistados são donos de estabelecimentos no bairro Santa Fe, cuja população, em sua quase totalidade, é negra, assim como o público de tais estabelecimentos. Os outros dois entrevistados são donos de estabelecimentos altamente conhecidos na cidade, em

razão da culinária da região do pacífico colombiano e por serem locais que promovem a cultura afro-colombiana. Já em Brasília, o critério utilizado para a escolha dos entrevistados se baseou em buscas *on-line* acerca de empreendimentos cujo *marketing* e divulgação da marca são voltados para a população negra e/ou cujo serviço está intrinsecamente relacionado à cultura africana. Para as entrevistas, foi utilizado um roteiro contendo as seguintes perguntas: a. Por que você decidiu empreender? b. Quando seu empreendimento foi criado? c. Você considera seu negócio um afroempreendimento? d. Você fez uso de algum programa de crédito (ou microcrédito) para constituir o capital inicial da sua empresa ou para seu desenvolvimento? Qual? e. Seu negócio é gerenciado apenas por você ou há outros sócios? f. Você tem empregados formais? g. Você considera necessária a criação de uma lei específica de incentivo aos afroempreendimentos?

Nesse sentido, interrogou-se qual a visão dos entrevistados sobre o afroempreendedorismo e se o seu negócio pode ser configurado como tal. Assim, ao serem questionados se conheciam a palavra “afroempreendedor”, objetivou-se não só delinear a presença negra e as dinâmicas raciais no mundo empreendedor, mas também perquirir sobre a possibilidade de uma conceituação da palavra a partir do próprio autorreconhecimento e das experiências particulares de empresários e comerciantes negros e negras, enquadrados em uma paisagem mais ampla das dinâmicas sociais, políticas e jurídicas da América Latina.

Em Bogotá, no tocante ao perfil dos cinco entrevistados, três afroempreendedores eram do sexo masculino e duas do feminino; a faixa etária está entre 42 e 60 anos; os ramos dos afroempreendimentos são: quatro culinários e um estético. Apesar de todos serem colombianos, nenhum dos entrevistados é natural de Bogotá, cidade na qual decidiram desenvolver os seus negócios. Uma característica em comum é a de que todos são da região pacífica da Colômbia, onde a maior parte da população negra se encontra no país.⁴

Quando perguntados se consideravam o negócio um *afroempreendimento*, a maioria dos entrevistados aparentou dúvida ou falta de familiaridade com o termo, que precisou ser explicado em algumas ocasiões, seguindo o conceito do Sebrae. Apesar disso, todos afirmaram que sim, tratava-se de um afroempreendimento, com destaque para duas respostas: um entrevistado do ramo culinário declarou que trazia a cultura de sua região (o estado de Chocó, localidade onde a maioria da população é negra) para a cidade andina; e uma entrevistada do ramo estético afirmou que muitos de seus clientes são negros, o que caracteriza seu negócio como um afroempreendimento.

Em Brasília, foram identificados afroempreendimentos com maior facilidade que em Bogotá, e o desconforto ao falar sobre a questão afro relacionada ao negócio foi identificado, porém

...

4 De 80% a 90% dos habitantes da região banhada pelo Pacífico na Colômbia são negros (WADE, 2003).

em menor quantidade que na Colômbia. Nos casos em que esse desconforto ocorreu, foi seguido da explicação que o estabelecimento era um empreendimento, mas não um afroempreendimento. Foram entrevistados quatro mulheres e um homem com idades entre 29 e 50 anos, sendo um dos entrevistados nacional da Nigéria. Os empreendimentos se classificam em quatro estéticos e um culinário. Característica em comum com os entrevistados de Bogotá é que nenhum empresário participante da entrevista é natural de Brasília, mas todos escolheram a cidade para desempenhar seu trabalho. Entre eles, apenas três dos cinco consideram seu negócio um afroempreendimento.

Em um primeiro momento, é interessante observar os motivos que os entrevistados deram para o seu negócio ser considerado um afroempreendimento. Diferentemente de um enquadramento único, as respostas seguem variados caminhos, as quais consideram o público-alvo, o conceito/enfoque, o processo de produção dos produtos vendidos, os tipos de pessoas que gerenciam e trabalham no empreendimento e a cultura. Ou seja, a cultura é um elemento presente nas respostas, mas não único e exclusivo.

Em relação ao público, vejamos algumas respostas:

Pesquisador: E por que você considera que seja um afroempreendimento?

Entrevistada: É que aqui vêm muitas pessoas negras, de todos os tipos.

Entrevistada do ramo estético em Bogotá, 48 anos.

Sim, porque a gente tá voltado pra literalmente em afro, então acho que sim. Não que a gente não faça cabelos de pessoas brancas, mas a grande maioria dos clientes que a gente tem, a gente considera negro.

Entrevistada do ramo estético em Brasília, 29 anos.

Como pode ser visto, as respostas apontam que a questão de o público-alvo ser negro é importante. Ou seja, e como é observado em outras entrevistas, o negócio é planejado para atender e absorver um nicho específico de pessoas, as quais muitas vezes não se veem representadas pelos produtos circulados por outras empresas. Muitas vezes, inclusive, os negócios surgem de demandas pessoais e coletivas, como os salões de beleza ou os restaurantes voltados para a congregação de negros e negras oriundos de outras regiões do país. Por outro lado, por mais que seja fundamental esse *animus* de atender pessoas negras, ele não é um fator absolutamente determinante, na medida em que os negócios realizam serviços e vendem produtos para pessoas brancas. Há, portanto, uma consciente orientação, não exclusiva, para abarcar um público específico.

A questão do público-alvo exclusivo apareceu, inclusive, nas respostas das pessoas que não consideravam o seu estabelecimento um afroempreendimento, justamente por atenderem pessoas não negras, como pode ser visto nas seguintes entrevistas:

Eu não sei, eu acho que é empreendedorismo, eu chamo de empreendedorismo, não afro, entendeu? Talvez seja, mas eu nunca tive essa visão, de ser afroempreendedorismo. Eu queria trabalhar com cabelo crespo e cacheado porque eu me identificava porque como eu tinha mais facilidade aí eu trabalhei com o público crespo e cacheado, e eu gostava, entendeu? Agora não por ser “ah porque crespo, porque cacheado, porque é negro”, acho que eu não tinha essa visão.

Entrevistada do ramo estético em Brasília, 44 anos.

Isto é um empreendimento comum, como qualquer outro que está estabelecendo posicionamento para um nicho de mercado onde antes não se trabalhava. Eu não vou ter um afronegocio, isso nunca passou pela minha cabeça. Afro vem das descendências africanas, para públicos únicos e exclusivamente negros. [...] eu tenho origens de afrodescendência então eu sempre gostei dessas coisas mais voltadas [ao afro], mas eu atendo qualquer tipo de pessoa. É um salão afro e afins.

Entrevistada do ramo estético em Brasília, 32 anos.

Diante dessas respostas e da dificuldade ou negação das entrevistadas de enquadrar os seus estabelecimentos como afroempreendimento em decorrência do público-alvo, por mais que eles tenham todas as demais características típicas desse tipo de negócio (propriedade, gerência e trabalhadores negros, circulação de bens simbólicos da cultura negra, comercialização de certos serviços e produtos), entende-se que, para a formulação de marcos legais e políticas públicas, o elemento público não deve ser indispensável, sob o risco de se realizar uma exclusão de sujeitos que mereceriam ser alvo de medidas afirmativas e de inclusão no campo empresarial.

Em relação ao processo de produção, é interessante a resposta de uma empresária do ramo culinário em Bogotá, que, além de caracterizar o seu negócio a partir de um enfoque racial e inclusivo de todos os agentes envolvidos na manufatura do produto, ajuda a iluminar possíveis políticas públicas para empreendimentos negros que sejam capazes de abarcar toda a cadeia produtiva:

Sim, o considero porque, primeiro, pelo enfoque que se dá ao restaurante. A proposta ou conceito, como queiram dizer, é totalmente afro. Por quê? Porque primeiro manejo uma política que todos os que trabalham no restaurante são negros, para manter a constância da comida, o acorde. Ademais os produtos que manejamos da nossa costa pacífica, ou seja, o peixe se traz de lá, os que pescam são pessoas negras, e isso me parece que é uma cadeia que ajuda a que nossa raça cresça em diferentes conceitos. [...] Eu quero que cada pessoa que venha aqui comer meu prato de comida se conscientize de que nós negros somos grandes empresários, somos grandes atletas, somos grandes artistas, e que temos muito a trazer ao mundo em todos os âmbitos.

Entrevistada do ramo culinário em Bogotá, 50 anos.

Como essa foi a única resposta que apresentou uma visão de afroempreendimento que leva em consideração a necessidade de toda a cadeia produtiva ser formada por pessoas negras, acredita-se que esse elemento não deve ser fundamental ao preenchimento do conceito. Por outro lado, notam-se dois aspectos importantes que potencializam a utilização do termo. Primeiro, percebe-se como uma política voltada para o empresário negro pode gerar processos de inclusão racial que vão muito para além do seu negócio em si. Como a entrevistada aponta, um *pargo rojo en salsa de camarones*⁵ servido em Bogotá pode trazer uma série de benefícios à comunidade negra em geral, desde os cozinheiros e garçons que trabalham no restaurante às comunidades de pescadores de cidades como Buenaventura e Tumaco, localizadas na costa do Pacífico, além dos intermediários que facilitam o trânsito, armazenamento e condicionamento do produto ao longo do país. Essa perspectiva aparece em outro momento da entrevista:

Pesquisador: E quantos empregados formais possui?

Entrevistada: Formais, dezessete. Mães cabeças de família, essa é outra política que sempre procurei que se concretizasse dentro do restaurante. É uma maneira de ajudá-las.

Ademais, a consciência radical da importância de um afroempreendimento em países ainda estruturados pelo racismo desloca as percepções raciais sobre os vínculos e os lugares dos negros com a economia e a circulação de riquezas. Ou seja, rasura as ideias que atribuem negros e negras necessariamente ao subemprego e à subcidadania, apontando outro horizonte de produção e absorção da riqueza, mais justo e democrático. Assim, o enfoque adotado pela entrevistada permite importantes deslocamentos de fundo sobre as definições de empreendimento e afroempreendimento, tanto do ponto de vista econômico como do simbólico.⁶

Sobre a importância da cultura para a definição do afroempreendimento, das dez entrevistas, três a mencionaram diretamente. Vejamos:

...

5 Prato típico colombiano.

6 O enfrentamento do racismo simbólico fica evidente na continuação do diálogo com a entrevistada: “Pesquisador: Ah, bom. E eu percebi que as paredes, em todo o restaurante, têm muitas [fotos de] personalidades negras. Por que decidiu decorar assim? Entrevistada: Bom, isso foi uma decisão tomada por várias pessoas que possuem negócio aqui em Bogotá. Porque queremos ressaltar que os negros não somos somente como querem ver aqui em Bogotá, pois esse é um problema que temos, que temos lutado. E é que o negro supostamente é o que vende a fruta nas esquinas. Que a negra tem que ser a senhora do serviço [de limpeza], e não. Eu quero que cada pessoa que venha aqui comer meu prato de comida se conscientize de que nós negros somos grandes empresários, somos grandes atletas, somos grandes artistas, e que temos muito a trazer ao mundo em todos os âmbitos”.

Bom, aqui é um intercâmbio cultural entre as pessoas negras com as pessoas daqui de Boyacá, com as pessoas do interior, entende? É uma cultura totalmente diferente. [...] é um lugar que nos congrega, é um lugar que nos convoca. As pessoas chegam, almoçam e ficam aqui, e ficamos debatendo temas a nível nacional e internacional, sobre tudo o que abarca a política negra, a diáspora africana fora da África e ao mesmo tempo sobre a África também.

Entrevistado do ramo culinário em Bogotá, 60 anos.

É um afroempreendimento porque é um restaurante que representa a culinária e cultura africana. [...] Como eu sou um homem de negócios, eu acho que às vezes é bom trazer o pessoal na mesa, com ideias, debates, que faz mais sentido. Debates que trazem ideias que vai ajudar a divulgar a cultura africana para o povo brasileiro.

Entrevistado do ramo culinário em Brasília, 29 anos.

Sim, exatamente. Sim, algo que uma pessoa conhece, sua cultura. Aqui nós trabalhamos com peixe, que é o que consumimos na região [de Chocó] e trazemos um pouquinho disso para cá, para a cidade.

Entrevistado do ramo culinário em Bogotá, 42 anos.

Como pode ser visto nessas três entrevistas, a importância da cultura emerge em dois sentidos. Primeiro, ela está nos próprios produtos comercializados, os quais representam e significam valores africanos ou afro-diaspóricos, além de estarem atrelados a processos de produção vinculados às experiências da população negra ao redor do mundo. Ademais, a cultura aparece como elemento a que o estabelecimento fornece acesso e permite a circulação, ou seja, o empreendimento permite relações, trocas e discussões culturais e políticas sobre temas, assuntos e princípios relacionados à população negra.

Nesse sentido, a cultura não está somente no produto em si, mas também no que é facilitado a partir da circulação do negócio. Ou melhor: o próprio produto carrega valores, processos e sensibilidades que articulam esse intercâmbio cultural. Um prato servido à mesa não é somente uma comida. Assim, no conjunto das entrevistas, por mais que a cultura não apareça como um elemento necessário para a conceituação da palavra “afroempreendedor”, devido à sua importância para esses empreendimentos, ela deve ser tomada em uma acepção mais ampla, vinculada à africanidade e às suas reinvenções diaspóricas nas Américas. Tal entendimento, inclusive, permite um deslocamento das ideias de produção, produto e mercadoria, as quais, em geral, são entendidas em termos eurocêntricos, invisibilizadores e inviabilizadores de experiências negras (FLOR DO NASCIMENTO, 2016). Potencializam-se, assim, novas estratégias jurídicas e políticas de enfrentamento do racismo no campo do empreendedorismo.

Por fim, uma última definição de afroempreendedorismo apareceu em entrevista com um empreendedor do ramo culinário em Bogotá. Essa visão entende o afroempreendimento

como aquilo que permite à pessoa negra alcançar um grau de autonomia e de ser dona da sua própria vida. Vejamos:

Pesquisador: Por que decidiu fazer um restaurante, começar a empreender?

Entrevistado: Porque quis montar meu negócio próprio, ou seja, quis ser independente e não trabalhar para ninguém mas sim ter minha própria empresa.

Pesquisador: E desde quando o restaurante existe?

Entrevistado: Há trinta anos.

Pesquisador: Você considera que é um afroempreendimento?

Entrevistado: Sim, claro.

Pesquisador: Por que o considera?

Entrevistado: Porque é um trabalho independente, não precisa prestar contas a ninguém. Se quer trabalhar trabalha, se não quiser trabalhar não trabalha. Esse é o bom de ser independente [*sic*].

Entrevistado do ramo culinário em Bogotá, 49 anos.

Apesar de aparentemente singela, ao relacionar o afroempreendedorismo à ideia de independência, essa resposta é reveladora de diversas questões de fundo. Primeiro, é importante contextualizar a ideia de autonomia dentro da história de longa duração da população negra nas Américas. Como abordado na seção 1, em uma experiência coletiva que vai do cativo da escravidão às condições de subcidadania nos pós-abolições, o ato comercial está vinculado a uma dimensão profunda da liberdade individual e coletiva. Não uma liberdade abstrata ou facilmente reinscrita em novos processos de constituição de capital, mas uma liberdade material, real e concreta. Essa autonomia – expressa no *não precisa prestar contas a ninguém* – significa romper com o passado e o destino coletivos de uma comunidade que constantemente tem o seu lugar social de exploração e subalternidade recriado pelas dinâmicas políticas e econômicas. Há, portanto, nos atos dos afroempreendedores de hoje, como havia nos atos das ganhadeiras do passado, que utilizavam o dinheiro oriundo do lucro dos seus negócios para pagar as alforrias de filhos, irmãos, marido, parentes e amigos, uma vinculação profunda entre liberdade e enfrentamento do racismo, articuladas no ato comercial.

Essas estruturas de imobilismo e servidão da população negra continuam no presente, como algumas das entrevistas demonstram. O ato comercial, longe de se encaixar na narrativa do empreendedor individual supostamente portador de um grande mérito, é fruto de esforços, dramas, dilemas e investimentos coletivos, muitas vezes familiares, em que a prática empreendedora tem como condição a prática comunitária ao mesmo tempo que objetiva a transcendência da condição de subalternidade dessa mesma comunidade. Vejam-se os seguintes relatos:

Pesquisador: Então qual foi o capital inicial que você conseguiu montar a empresa?

Entrevistada: O que acontece, meu marido tinha uma conta em um banco do governo e a gente teve que pedir dinheiro emprestado para esse banco porque estava no nome do meu marido, porque ele já tinha essa conta antiga. A gente precisava para começar de R\$ 60.000,00 e o banco só emprestava R\$ 6.000,00, mas a gente queria começar de toda a forma, então nós pegamos esses seis mil, pagamos esse valor em três anos, pagamos R\$ 24.000,00 de R\$ 6.000,00, isso banco do governo. Aí o meu irmão, por ser funcionário público, pegou também um crédito que ele tinha para emprestar para gente, também três anos pagando. Aí o irmão empresta, o primo empresta, então vamos juntando, pegando ali as migalhas que você tem e você consegue começar a dar início ao negócio. Depois você vai passar uns três anos apertado, porque você vai ter que pagar tudo o que você pediu e depois você começa a respirar para aí poder investir no negócio. É difícil empreender no Brasil, é muito difícil.

Entrevistada do ramo estético em Brasília, 44 anos.

Pesquisador: E vocês fizeram algum programa de crédito ou microcrédito pra começar a empresa ou pra desenvolver ela?

Entrevistada: Não, a gente teve um investimento da nossa mãe. Assim, em meio de terceiros a gente ainda não precisou. No momento nossa mãe investiu na gente e desde que ela investiu a gente vem reinvestindo aquele investimento que ela fez, a gente não precisou de banco ainda não, graças a Deus.

Entrevistada do ramo estético em Brasília, 29 anos.

Pesquisador: E você já fez uso de algum programa de crédito pra começar ou pra desenvolver a empresa?

Entrevistada: Não, só dos meus filhos [risos], meu banco foram os filhos. Graças a Deus até agora eu não precisei.

Entrevistada do ramo estético em Brasília, 50 anos.

Nota-se, portanto, como o ato de comercializar envolve trajetórias coletivas. Mais do que isso: ele é um rompimento, muitas vezes em um sentido comunitário, com o destino racial de países marcados pelo racismo, nos quais o Estado e o sistema econômico são estruturados para impedir o progresso da população negra. Os negócios, portanto, surgem do enfrentamento desse estado de coisas, que impossibilita o bem viver, a liberdade e a autonomia de negros e negras. Assim, no afroempreendedorismo, há um *animus*, muitas vezes implícito, de combate ao racismo e de reversão da distribuição desigual do acesso à riqueza e aos direitos. O ato comercial deve ser interpretado dentro de fenômenos de longa duração e de aniquilação do exercício da autonomia, em que ser negro implica a negação constante da possibilidade de constituir patrimônio e circular riquezas. É contra o pano de fundo de constituição branca do capital nas Américas que se coloca o afroempreendedor.

A análise das entrevistas aponta também para uma conceituação de afroempreendedorismo que deve levar em conta uma série de elementos – público, cadeia produtiva, força de trabalho empregada, enfoque do negócio, *animus* do empreendedor, usos da cultura negra e raça dos envolvidos no estabelecimento –, os quais, à exceção das características raciais do próprio dono do negócio, não precisam estar presentes em sua totalidade em determinado empreendimento. Por outro lado, esses elementos devem ser analisados em conjunto, colocados em perspectiva histórica, percebidos à luz das desigualdades do presente e compreendidos dentro das práticas negras de enfrentamento do racismo. Essa análise mais complexa, ainda que preliminarmente aberta, talvez seja a mais adequada à construção de mecanismos de promoção da igualdade racial em contextos nos quais o afroempreendedorismo se apresenta sob diversas formas, não reduzíveis a um único padrão.

Todos esses elementos apontam para uma reorientação da hermenêutica jurídica, especialmente nas interseções entre direito público e privado. De princípio, visualizam-se três aspectos. Primeiro, notam-se a suspeita e a desconfiança que devem acompanhar a leitura e a interpretação de diferentes textos jurídicos, como manuais de dogmática e decisões judiciais, que, ao pretensamente descreverem processos universais, silenciam experiências e práticas da população negra (NASCIMENTO, DUARTE e QUEIROZ, 2017). Particularmente no âmbito do direito empresarial, é preciso entender que o sujeito de direitos e obrigações ali descrito (o empresário) muitas vezes contrasta com a vasta maioria das pessoas que empreendem e circulam valores no cotidiano latino-americano. Aponta-se, portanto, a necessidade de reconstrução da cultura e do imaginário do direito privado, das salas de aulas aos tribunais, levando-se em consideração o racismo como fenômeno estruturante das relações empresariais. O silêncio sobre a “raça” universaliza uma experiência em geral branca, masculina e abastada, tornando a prática jurídica pouco hábil a efetivar direitos de negros e negras que empreendem ou querem empreender.

Ademais, o afroempreendedorismo requer um horizonte mais complexo nas políticas de direitos para a população negra, transcendendo os marcos tradicionais, em geral enfocados em políticas de educação, saúde, segurança pública e territórios. Como já apontava Abdias Nascimento, ao propor o simbólico Projeto de Lei n. 1.332/1983, o enfrentamento do racismo requer um rearranjo não só das instituições públicas, mas também da sociedade civil e do mundo empresarial. Para tanto, faz-se necessária a presença de juristas habilitados a interpretar criativamente as constituições colombiana e brasileira – levando-se em conta a própria constitucionalização do direito privado (FACCHINI NETO, 2013) – na estruturação do quadro normativo de políticas que forneçam insumos e possibilidades a empreendedores negros e também tornem as relações empresariais mais inclusivas e democráticas. Ações afirmativas e práticas antidiscriminatórias adotadas por empresas nos últimos anos dão um importante tom de que a sociedade civil começou a se mover; no entanto, falta ao próprio Estado incentivar e coordenar esse tipo de iniciativa em um projeto maior de promoção da igualdade racial.

Por fim, o afroempreendedorismo coloca uma grande questão no centro da sala do direito privado: “raça” e racismo importam para as relações empresariais. Trata-se de um pequeno gesto, mas de consequências profundas. A partir do momento em que juristas começarem a levar a sério o impacto desses dois fatores nos espaços de circulação de riquezas na América Latina, poderemos assistir a um giro nas posturas e decisões a respeito de dinâmicas cotidianas das empresas, desde as relativas a créditos, insumos e tributos até aquelas pertinentes à fixação da qualidade e dos valores indenizatórios em casos de racismo cometidos em estabelecimentos comerciais. O afroempreendedorismo, portanto, aponta outras prioridades na hermenêutica do direito privado, exigindo que os juristas estejam aptos a pensar e encaminhar as demandas da população negra. Não se pode falar de direito e riqueza esquecendo-se do grupo humano que construiu as bases materiais deste continente. Fazer isso é perpetuar a injustiça.

CONCLUSÃO

“Eu montei meu negócio porque quis ser independente e não trabalhar para ninguém, mas sim ter minha própria empresa.”

Entrevistado do ramo culinário em Bogotá, 49 anos.

O artigo buscou realizar uma aproximação do conceito de afroempreendedorismo por meio de entrevistas com empresários negros nas cidades de Bogotá e Brasília. Ao realizar esse movimento, dentro da discussão mais ampla de empreendedorismo e relações raciais, refinou como certos elementos aparecem constantemente nas diferentes definições do termo. Dimensionando-os a partir das próprias respostas dos entrevistados, constatou-se que uma conceitualização mais adequada deve estar atenta à presença dessas características, as quais, no entanto, não devem necessariamente aparecer em sua totalidade na prática comercial. Ou seja, a cultura, o enfoque, o tipo de bem comercializado, a estrutura da cadeia produtiva, o processamento do produto, a raça/cor dos trabalhadores do negócio e outros elementos devem auxiliar, de maneira não exclusiva, na definição de um negócio, capitaneado por uma pessoa negra, como afroempreendedorismo ou não.

Essa definição aberta se apresenta como mais adequada a um campo de investigação e intervenção ainda incipiente, respeitando as próprias definições dos empreendedores e tendo responsabilidade com o passado e o presente de exclusão racial nas Américas. Tal responsabilidade se caracteriza por conectar os afroempreendedores de hoje à longa tradição de empreendedorismo negro no continente, que remonta ao período escravista e às lutas por liberdade. Assim, formula-se um enquadramento no qual o conceito seja capaz de apontar e tensionar o entrelaçamento entre direito, políticas públicas, história e identidade nacional em países como o Brasil e a Colômbia, os quais apresentaram avanços em medidas de promoção da

igualdade racial nos últimos anos, mas que pouco fizeram em relação a uma distribuição mais democrática e justa da riqueza, do patrimônio e do capital entre negros e brancos. Por fim, foi fornecida não somente uma aproximação do conceito, mas também uma visão de como determinados elementos que rondam a prática afroempreendedora podem auxiliar na interpretação jurídica e na formulação de políticas públicas. Como foi colocado, o afroempreendedorismo é marcado por uma experiência, que é a da diáspora africana, e é a partir dela que ele deve ser lido.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, George Reid. *América Afro-Latina 1800-2000*. São Carlos: EdUFSCar, 2007.

BAGGIO, Adelar Francisco; BAGGIO, Daniel Knebel. Empreendedorismo: conceitos e definições. *Revista de Empreendedorismo, Inovação e Tecnologia (REIT-IMED)*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 25-38, 2014.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. *História e cultura africana e afro-brasileira na educação infantil*. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Brasília: MEC/SECADI, UFSCar, 2014.

CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009.

CASTELBLANCO, Libia Grueso. La población afrodescendiente y su referencia como sujeto de ley en el desarrollo normativo de Colombia. In: VERGARA-FIGUEROA, Aurora *et al.* *Descolonizando mundos: aportes de intelectuales negras y negros al pensamiento social colombiano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017. p. 543-567.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO JÚNIOR, Pedro Jaime. *Executivos negros: racismo e diversidade no mundo empresarial. Uma abordagem socioantropológica*. 2011. 553 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências

Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, e Faculté d'Anthropologie et Sociologie de L'Université Lumière Lyon 2, França, 2011.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DISTRITO FEDERAL. *Decreto n. 36.680, de 18 de agosto de 2015*. Regulamenta a Lei n. 5.447, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Programa Afroempreendedor e dá outras providências. Brasília, 2015.

DRUCKER, Peter Ferdinand. *Inovação e espírito empreendedor: práticas e princípios*. São Paulo: Pioneira, 1998.

DUARTE, Evandro Piza. *Do medo da diferença à liberdade com igualdade: as ações afirmativas para negros no ensino superior e os procedimentos de identificação de seus beneficiários*. 2011. 475 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

DUARTE, Evandro Piza; SCOTTI, Guilherme. História e memória nacional no discurso jurídico: o julgamento da ADPF 186. *Universitas JUS*, [s.l.], v. 24, n. 3, p. 33-45, 2013.

ETNUS. *Afroconsumo: pesquisa sobre comportamento e hábitos de consumo dos afrodescendentes da cidade de São Paulo*. São Paulo: Etnus, 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Iurisprudentia: Revista da Faculdade de Direito da AJES*, Juína/MT, v. 2, n. 3, p. 9-46, jan./jun. 2013.

FARIAS, Juliana Barreto. *Mercados Minas: africanos ocidentais na Praça do Mercado do Rio de Janeiro (1830-1890)*. 2012. 294 f. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social, do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FAZZIO, Waldo. *Manual de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes (o legado da “raça branca”)*. São Paulo: Globo, 2008. v. I.

FLOR DO NASCIMENTO, Wanderson. Ojolá: entre encontros – Exu, o senhor do mercado. *Das Questões*, [s.l.], v. 4, n. 1, p. 28-39, 2016.

GONÇALVES, Ana Maria. *Um defeito de cor*. Rio de Janeiro: Record, 2006.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Tradução de Patrick Burglin. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

HISRICH, Robert; PETERS, Michael. *Empreendedorismo*. Porto Alegre: Bookman, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE QUALIDADE E PRODUTIVIDADE (IBQP). *Análise dos resultados do GEM 2017 por raça/cor*. [S.l.], 2018.

MARQUESE, Rafael de Bivar. Capitalismo & escravidão e a historiografia sobre a escravidão nas Américas. *Estudos Avançados*, [s.l.], v. 26, n. 75, p. 341-354, 2012.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru. *Teoria geral da administração: da escola científica à competitividade em economia globalizada*. São Paulo: Atlas, 1997.

MINTZ, Sidney Wilfred; PRICE, Richard. *O nascimento da cultura afro-americana: uma perspectiva antropológica*. Rio de Janeiro: Pallas: Universidade Candido Mendes, 2003.

MOURA, Clóvis. *Sociologia do negro brasileiro*. São Paulo: Ática, 1988.

MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra*. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

MÚNERA, Alfonso. *El fracaso de la nación: región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1810)*. Bogotá, Colombia: Editorial Planeta, 2008.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Perspectiva, 2017.

NASCIMENTO, Eliane Quintiliano. Afroempreendedorismo como estratégia de inclusão socioeconômica. *III Seminário de Ciências Sociais*. PGCS UFES. Vitória, 2018.

NASCIMENTO, Guilherme Martins; DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos. O silêncio dos juristas: a imunidade tributária sobre templo de qualquer culto e as religiões de matriz africana à luz da Constituição de 1988. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1162-1180, 2017.

NOVAES, Bruna Portella. Embranquecer a cidade negra: gestão do trabalho de rua em Salvador no início do século XX. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

ORTIZ, José Caicedo. La diáspora africana como acontecimiento histórico. In: VERGARA-FIGUEROA, Aurora et al. *Descolonizando mundos: aportes de intelectuales negras y negros al pensamiento social colombiano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017. p. 185-215.

PAIXÃO, Marcelo. *500 anos de solidão: estudos sobre desigualdades raciais no Brasil*. Curitiba: Apris, 2013.

PAIXÃO, Marcelo. *Destino manifesto: estudo sobre o perfil familiar, social e econômico dos empreendedores/as afro-brasileiros/as dos anos 1990*. [S.l.]: PNUD, 2003.

POPINIGIS, Fabiane. “Aos pés dos pretos e pretas quitandeiras”: experiências de trabalho e estratégias de vida em torno do primeiro Mercado Público de Desterro – 1840-1890. *Afro-Ásia*, [s.l.], 46, p. 193-226, 2012.

REIS, João José. De escravo a rico liberto: a história do africano Manoel Joaquim Ricardo na Bahia oitocentista. *Revista de História*, São Paulo, n. 174, p. 15-68, jan./jun. 2016.

ROCHA, Emerson Ferreira. *O negro no mundo dos ricos: um estudo sobre a disparidade racial de riqueza no Brasil com os dados do Censo Demográfico de 2010*. 2015. 188 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

ROSETO-LABBÉ, Claudia Mosquera. Reparaciones para negros, afrocolombianos y raizales como rescatado de la Trata Negrera Transatlántica y Desterrados de la Guerra en Colombia. In: VERGARA-FIGUEROA, Aurora et al. *Descolonizando mundos: aportes de intelectuales negras y negros al pensamiento social colombiano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017. p. 117-170.

ROSETO-LABBÉ, Claudia Mosquera; DÍAZ, Ruby Esther León. Entre la negación del racismo institucional y la etnización de la diversidad étnico-racial negra en programas de combate a la pobreza. *Trabajo Social*, Bogotá, n. 17, p. 47-59, ene./dic. 2015.

SANTOS, Márcio André de Oliveira dos. Formação racial, nação e mestiçagem na Colômbia. *Revista de História Comparada*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 36-58, 2014.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SEBRAE). *Feiras de afroempreendedores: análise de um mercado emergente no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Sebrae, 2017.

SOARES, Carlos Eugênio Líbano; GOMES, Flávio dos Santos. Fronteiras e margens do Atlântico: personagens, experiências e culturas no Brasil Escravista. *Dimensões*, [s.l.], v. 14, p. 339-364, 2002.

SOUZA, Adriana França. Tabuleiros e negociações: negras e mestiças nas ruas de Salvador. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado) – Programa Multidisciplinar da Pós-Graduação em Cultura e Sociedade na Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

TEIXEIRA, Lineker Gomes. *Afroempreendedores: desafios e oportunidades para empreendedores negros no Distrito Federal*. 2017. 84 f. Monografia (Graduação em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

THEODORO, Mário. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.

WADE, Peter. Compreendendo a “África” e a “negritude” na Colômbia: a música e a política da cultura. *Estudos Afro-Asiáticos [on-line]*, [s.l.], ano 25, n. 1, p. 145-178, 2003.

WALLERSTEIN, Immanuel. *World-Systems Analysis: An Introduction*. Durham/Londres: Duke University Press Books, 2004.

WILLIAMS, Eric. *Capitalism & Slavery*. Richmond, Virgínia: The University of North Carolina Press, 2002.

Daniela Nunes de Amartine

GRADUADA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB),
COM GRADUAÇÃO SANDUÍCHE NA UNIVERSIDAD NACIONAL DE
COLOMBIA (PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO ABDIAS
NASCIMENTO – SECADI/CAPES).

daniela.amartine@gmail.com

Marcos Vinícius Lustosa Queiroz

DOUTORANDO EM DIREITO NA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB),
COM SANDUÍCHE NA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
(PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO ABDIAS
NASCIMENTO – SECADI/CAPES) E NA DUKE UNIVERSITY
(FULBRIGHT). PROFESSOR NO INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO,
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA.

marcosvlq@gmail.com

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

AMARTINE, Daniela Nunes de;
QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa.
Discutindo o afroempreendedorismo:
reflexões sobre o conceito a partir dos
casos brasileiro e colombiano. *Revista
Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2,
maio/ago. 2022, e2220. [https://doi.org/
10.1590/2317-6172202220](https://doi.org/10.1590/2317-6172202220)

1 Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-2919-7161>

2 Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-7260-7659>



Um estudo empírico dos fatores preditivos da autocomposição

AN EMPIRICAL STUDY OF THE FACTORS THAT PREDICT SETTLEMENT

Hugo Freitas Reis¹ e Fabiano Teodoro Lara²

Resumo

O trabalho objetiva testar hipóteses preexistentes de doutrinadores e legisladores sobre quais fatores influenciariam a probabilidade de conciliação em um processo judicial. Analisaram-se 864 processos cíveis nos quais foram realizadas audiência de conciliação em Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) de Belo Horizonte. Os dados encontrados corroboram a hipótese, derivada do modelo do agente racional (premissa da análise econômica do Direito), segundo a qual os acordos não são realizados por falhas de informação; recomenda-se, assim, que a tentativa de conciliação só seja feita depois da produção de provas. Esse achado vai na contramão da hipótese majoritária, que postula que as partes são movidas principalmente pela emoção, e determinou o desenho da atual política de estímulo à autocomposição ao antecipar a audiência para antes de momentos de trocas de informações no processo. Concluiu-se que ações sobre contratos bancários estão entre as que tiveram a mais baixa chance de acordo; que os autores que silenciam na petição inicial a respeito de interesse ou não em audiência de conciliação (em descumprimento ao requisito do art. 319, VII, do Código de Processo Civil) tiveram probabilidade de realizar acordo comparável ao dos que informam expressamente desinteresse; e que as pessoas naturais no polo passivo têm maior probabilidade de fechar acordo do que as pessoas jurídicas.

Palavras-chave

Métodos alternativos de resolução de conflitos; estudo empírico; Código de Processo Civil de 2015; Política Nacional de Incentivo à Autocomposição; modelo do agente racional.

Abstract

The study aims to testing hypotheses put forth by scholars and congressmen regarding the factors affecting the likelihood of settlement in a lawsuit. 864 civil cases following the Brazilian Common Procedure and having gone through its mandatory conciliation hearing in a Cejusc were analyzed. The data corroborate the hypothesis, derived from the rational actor model posited by law and economics, that failure to settle can be explained by information failure leading agents to overestimate their victory odds; it is thus recommended that settlement attempts be preceded by bilateral presentations of evidence. These findings contradict the currently victorious view in Brazil that litigators' behavior is primarily determined by emotion, hence proceedings that provide opportunities for information exchange should be postponed until after the settlement attempt has failed, lest they stir up tensions further. It was concluded that the odds of settlement were among the lowest when the lawsuit concerned contracts with a bank; that plaintiffs who failed to inform whether they were interested in a conciliation hearing (in breach of article 319, VII, of the Code of Civil Procedure) were about as likely to settle as those who voiced disinterest; and that settlement was more likely when the defendant was a natural person rather than a legal person.

Keywords

Alternative dispute resolution; empirical study; Code of Civil Procedure of 2015; Brazilian Policy of Incentives for Settlement; rational actor model.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é identificar características de um processo individual, já cognoscíveis na fase da petição inicial, que possam ser associadas a uma maior probabilidade de esse processo ser encerrado por acordo em audiência de conciliação. É uma investigação oportuna em um momento em que se busca instituir no Brasil políticas públicas de incentivo à solução consensual dos conflitos: uma vez que se possa estimar de antemão a probabilidade de acordo, os esforços poderão ser mais bem direcionados para onde renderão mais frutos. Além disso, a depender de quais fatores se revelem favorecedores da conciliação, caso se trate de fatores que, por sua natureza, se prestem a ser suscitados ou fomentados por intervenção do poder público, será possível pensar em promovê-los na generalidade dos processos, para elevar o índice geral de autocomposição.

Foi feito um levantamento de hipóteses testáveis que já tivessem sido formuladas na academia e no parlamento sobre fatores que afetariam a probabilidade de autocomposição. Em seguida, foi feita análise dos dados obtidos em pesquisa de campo realizada pelos autores, para dizer se os dados são mais tendentes a corroborar ou refutar cada uma dessas hipóteses. A cada hipótese identificada, foi atribuído um nome que sintetiza o seu conteúdo, a fim de facilitar a referência a cada uma delas ao longo do trabalho.

A HIPÓTESE PROVERBIAL

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) trouxe como novo meio de estímulo à solução consensual de conflitos uma audiência obrigatória de mediação ou conciliação judicial como um dos primeiros atos do processo. A audiência é dispensada apenas nas hipóteses elencadas no art. 334, § 4º, quais sejam, se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual (tendo passado a ser prevista, justamente para esse fim, a manifestação de interesse ou desinteresse como elemento obrigatório da petição inicial) ou quando não se admitir a autocomposição. Essas duas possibilidades de dispensa foram inspiradas por uma mesma presunção: a de que se estava diante de dois casos em que a audiência dificilmente renderia frutos. Isso se atesta pela documentação da discussão do projeto de código no Congresso, na qual tal raciocínio é expressamente citado como motivo para a instituição das hipóteses de dispensa (BRASIL, 2012, p. 323).

Na tramitação do projeto no Congresso, os parlamentares se dividiram entre os que defendiam que bastaria uma das partes manifestar desinteresse para que a audiência fosse dispensada e os que, de forma mais otimista, defendiam que, mesmo nessa circunstância, havia suficiente esperança de acordo, de modo que a tentativa de conciliação deveria ser mantida, a menos que a parte adversária também se declarasse desinteressada. A segunda forma de pensar predominou e foi consagrada no Código aprovado; por corresponder à ideia encapsulada no provérbio popular “Quando um não quer, dois não brigam”, ela é referida neste artigo como *a hipótese proverbial*. Para pô-la à prova, o presente trabalho buscou comparar o índice de acordos em três hipóteses: (i) quando tanto o autor quanto o réu tivessem manifestado

interesse na tentativa de autocomposição; (ii) quando só o autor ou só o réu tivesse manifestado interesse; e (iii) quando nenhuma das partes tivesse manifestado interesse.

A HIPÓTESE EMOCIONAL

Essa hipótese postula que, como colocado por Arruda Alvim (2016, p. 211), “[m]uitas vezes, a dinâmica da audiência de conciliação ou de mediação é mais emotiva que racional ou jurídica”. A ideia é de que a autocomposição seria atrapalhada por um clima de belicosidade existente entre as partes. Os autores que sustentam essa hipótese frequentemente acusam os advogados, como classe, de piorarem as condições para a conciliação ao tratarem o processo “como verdadeiro campo de batalha” (MAZZEI e CHAGAS, 2017, p. 81).

A hipótese emocional parece ter sido implicitamente adotada pelo legislador quando optou por colocar a audiência de conciliação antes do momento da resposta do réu; ou, ao menos, essa hipótese é frequentemente invocada pela doutrina para justificar tal opção legislativa, como é exemplificado pelo comentário de Elpídio Donizetti, um dos doze juristas da comissão encarregada de elaborar o anteprojeto do Código:

A audiência de conciliação no início do procedimento comum é uma das grandes inovações do Código. O seu efeito prático reside na possibilidade de composição entre as partes sem a necessidade de prévia apresentação de resposta pelo réu, o que, sem dúvida, incentiva o diálogo e aumenta as chances de solução amigável, porquanto na maioria das vezes a peça de defesa apenas acirra os ânimos e instiga o prolongamento do litígio. (DONIZETTI, 2017, p. 284)

Humberto Theodoro Júnior *et al.* (2016) subscreveram a hipótese e usam-na para defender a instituição de audiência de conciliação como positiva. Especulam que a previsão de audiência “deverá mudar o modo de elaboração das petições iniciais”, visto que estas passarão a ser vistas como atividade preparatória de potencial acordo, de modo que “os argumentos não mais devem ser suscitados de maneira agressiva”, favorecendo a conciliação (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 262).

A conjectura de que o legislador tinha em mente a hipótese emocional ao redigir o Código é reforçada pelo paralelo com a forma como disciplinou o procedimento das ações de família, como explicam Mazzei e Chagas (2017, p. 82). Apontam os autores que, nesse tipo de ação, o legislador optou pelo caminho, estranho no sistema processual até então, de operar a citação do réu sem a entrega usual de cópia da petição inicial, por ordem legal expressa (art. 695, § 1º, do CPC/2015). A lógica por trás de semelhante previsão só poderia ser evitar o acirramento dos ânimos da parte ré com a tomada de contato com a petição inicial contra ele dirigida. Nas ações comuns, parece ter sido seguido o mesmo raciocínio, dessa vez para evitar o acirramento dos ânimos da parte autora. Por outros termos, a hipótese emocional tem conduzido à conclusão de que, quanto mais informações forem sonegadas às partes, antes da

audiência de conciliação, sobre as alegações formuladas ao juízo pela parte contrária, maior será a chance de se obter acordo. Ressalta-se esse ponto porque, como se verá, outros autores chegam justamente à conclusão oposta.

É interessante observar que, nas ações de família, por mais que não seja entregue cópia da petição inicial no ato da citação, o direito de consultá-la antes da audiência de mediação continua garantido ao réu, dependendo, contudo, de requerimento. Somando-se a isso o fato de que o mesmo artigo de lei exigiu do réu que contratasse os serviços de um advogado antes da audiência de mediação para que o acompanhasse a ela, o cenário que se desenha é o advogado ter contato com o conteúdo da petição inicial. Nisso o legislador não parece ter visto problema. É razoável supor que a premissa tenha sido a de que só o indivíduo que está pessoalmente envolvido nos fatos é que seja passível de reação emocional; em outras palavras, o “acirramento dos ânimos” que se busca evitar é da parte do cliente, não da do advogado. Disso se conclui que os processos em que a parte relevante for pessoa jurídica não estão suscetíveis a esse suposto obstáculo emocional à conciliação, visto que, por sua natureza, a pessoa jurídica é sempre representada por interposta pessoa. Assim, torna-se possível um teste empírico da hipótese emocional, verificando se os processos com autor pessoa natural, que os doutrinadores e legisladores supõem sujeitos a vieses emocionais, apresentam índices de conciliação mais baixos.

Há ainda outra forma de testar a hipótese emocional: separar os processos nos quais tiver sido apresentada contestação antes da audiência de conciliação daqueles em que isso não tiver ocorrido. Isso se torna possível porque, embora o legislador tenha situado o início do prazo para contestação depois da audiência de conciliação, ele também dispôs, no art. 218, § 4º, do CPC/2015, que os atos processuais praticados antes do início do prazo são considerados tempestivos e válidos. Assim, surge a possibilidade de que, no universo processual, convivam lado a lado os processos que se desenrolam da forma pretendida pelo legislador, no seu intuito de favorecer a conciliação, e os processos que se desenrolam de forma diversa, supostamente menos favorável à conciliação – hipótese que pode então ser testada.

Contamos ainda com outro elemento que pode ser tomado como *proxy* da emocionalidade do autor em audiência, e que também foi adotado como variável no presente trabalho: a opção dele por exigir indenização por danos morais. Isso porque o fundamento clássico para o próprio instituto dos danos morais é o sofrimento psíquico, e, se este ocorreu em algum ponto do passado, é razoável supor que, em grande parte dos casos, alguma emoção negativa subsista posteriormente e aflore no momento da audiência de conciliação, tanto mais quando tal emoção ocorrida no passado é em si objeto de discussão no processo. (Ao realizar para esse fim o teste estatístico com os processos que incluem pedido de dano moral, optamos por deixar de fora os baseados em inclusão indevida em cadastro de inadimplentes, que existiam na amostra em grande número, visto que, nessa hipótese, juridicamente o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, independe da comprovação de efetivo sofrimento psíquico.)

A HIPÓTESE DO EXCESSO DE OTIMISMO

Essa hipótese adota como premissa o modelo do agente racional, ferramenta da economia clássica e, por consequência, da análise econômica do Direito. Pelo modelo do agente racional, os tomadores de decisão não seriam significativamente movidos por emoções, mas sim por um cálculo racional que visa maximizar os seus interesses. Ou, nos dizeres de Bodart (2017) em resposta direta aos adeptos da hipótese emocional, “[n]ão é por teimosia que as partes resistem ao acordo, mas por deixarem de reconhecer essa estratégia como a mais vantajosa”.

Os estudiosos da análise econômica do Direito veem, em princípio, a autocomposição como estratégia bastante vantajosa; isso porque, se feita adequadamente, resulta na pactuação da mesma prestação que seria imposta pela sentença judicial, com a vantagem de ser menos custosa para ambas as partes em termos de tempo, energia e despesas com taxas judiciárias e honorários de advogado. De fato, tão racional é a autocomposição do conflito que, uma vez adotada a hipótese do agente racional, a indagação se inverte e o fenômeno que parece demandar explicação é justamente o oposto: por que as partes não encerram o conflito por acordo extrajudicial? Uma das respostas possíveis é que, para usar a formulação de Bodart (2017), podem deixar de reconhecer determinada proposta de acordo como vantajosa, ainda que o seja. Isso porque, necessário enfatizar, a premissa de o agente ser racional não implica, necessariamente, que seja um agente de informação perfeita, podendo equivocar-se. Pode ganhar relevo o que a literatura chama de otimismo das partes (donde a tese aqui será referida como *hipótese do excesso de otimismo*). Se o autor estiver confiante sobre as suas perspectivas de vitória, estará sempre disposto a prosseguir com o processo, a menos que lhe seja oferecido em acordo um valor elevado, que não considere afastado demais daquele que conta receber ao final. Ocorre que, se também o réu estiver confiante sobre as suas próprias perspectivas de vitória, não estará jamais disposto a oferecer tal valor. Como não há valor possível que o réu esteja disposto a pagar e simultaneamente o autor esteja disposto a aceitar, inviabiliza-se qualquer acordo. Como comenta Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 828), a fonte do problema é “uma desmesurada confiança nas próprias razões, sem perceber que o adversário também pode ter as suas”. O corolário dessa afirmação é que a solução para o impasse é levar a parte a conhecer as razões do adversário; por exemplo, as provas que ele tem nas mãos. Galdino (2005, p. 177) chega a dizer que a própria existência de litígios judiciais só se explica pela informação incompleta dos litigantes. Para evitar a judicialização desnecessária, faz referência positiva ao instituto do direito americano denominado *discovery*, pelo qual se espera que, como etapa prévia à heterocomposição judicial, as partes troquem entre si as provas de que dispõem para eventualmente apresentar em juízo.

No direito processual brasileiro, inexistente o instituto do *discovery*. Todavia, nos moldes existentes, arranjos procedimentais específicos podem favorecer mais ou favorecer menos a troca precoce de informações. Por exemplo, do ponto de vista dos adeptos da hipótese do excesso de otimismo, seria altamente desejável que o autor da ação já tenha tido acesso

à resposta do réu, com as suas alegações de fato e de direito e com as provas de que ele dispõe para fundamentá-las. Nesse sentido, Greco (2015, p. 23) e Wolkart (2019, p. 361) estão entre os autores que consideram precoce o momento processual escolhido pelo legislador para a realização da audiência de conciliação, visto que o fato de esta ocorrer antes da apresentação da contestação priva o autor de atualizar as suas expectativas de vitória com novas informações trazidas pelo réu. Nesse ponto, nota-se que a hipótese do excesso de otimismo produz conclusão frontalmente oposta à da hipótese emocional, que presume que o contato com as alegações do réu, longe de tornar o autor mais propenso à conciliação por persuasão racional, torna-o mais refratário a acordo do ponto de vista emocional, que seria o preponderante.

Ainda em relação à redução da assimetria de informações, mas desta vez do ponto de vista do réu, Wolkart (2019, p. 355) considerou também inoportuna, pelos mesmos motivos, a decisão do legislador de não exigir da parte que especificasse, já na petição inicial, as provas que pretendia produzir no processo, como eventuais testemunhas disponíveis para depor. Trata-se de informação privada da parte autora, inicialmente inacessível ao réu, e que, para Wolkart (2019), teria potencial para aproximar a avaliação desse último sobre a sua probabilidade de vitória da avaliação que é feita pelo autor.

O presente trabalho busca testar empiricamente a hipótese do excesso de otimismo pelo mesmo método empregado para testar a hipótese emocional: se a apresentação de contestação antes da audiência de conciliação estivesse associada a um aumento da probabilidade de conciliação, isso poderia ser lido como uma corroboração da hipótese do excesso de otimismo. Já se o resultado fosse o contrário, a hipótese emocional seria reforçada.

A HIPÓTESE DA POBREZA

Alguns autores (NUNES, 2009, p. 173; DIDIER JR., 2015, p. 280) acreditam que a parte mais pobre teria maior tendência a celebrar acordo de autocomposição. O autor mais citado nesse ponto é Owen Fiss (2004, p. 121 e ss.):

A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui

tanto as despesas previstas, como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória.

Este trabalho busca testar a hipótese da pobreza verificando se a probabilidade de acordo é maior quando o autor da ação é beneficiário da justiça gratuita, e, portanto, pobre no sentido legal, do que quando ele não o é.

I. METODOLOGIA DE PESQUISA

Foram levantados processos de procedimento comum das varas cíveis da comarca de Belo Horizonte do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que tinham sido ajuizados entre 18 de março de 2016 (data da entrada em vigor do CPC/2015) e 16 de junho do mesmo ano, e que envolviam apenas um autor e um réu. No intervalo de tempo mencionado, foram incluídos na amostra todos os processos que já tivessem passado pela etapa da audiência de conciliação prevista no CPC/2015. Isso inicialmente resultou em 865 processos coletados. Procedeu-se, então, à classificação dos processos entre aqueles em que a audiência de conciliação tinha sido frutífera e aqueles em que não se havia chegado a um acordo. Dos processos originalmente obtidos, um foi excluído nessa etapa da amostra por se ter verificado que nele a audiência tinha se encerrado com desistência da ação por parte do autor, de modo que o processo não podia ser encaixado na classificação binária relevante para a pesquisa (qual seja, processos encerrados por conciliação *versus* processos que seguiram adiante porque a tentativa de conciliação fora infrutífera). No entanto, os dezesseis processos que tinham sido encerrados por renúncia foram mantidos, já que, ao contrário da desistência, a renúncia é considerada uma forma de autocomposição (CALMON, 2008, p. 11). Restaram 864 processos. Os processos remanescentes foram então analisados em seu conteúdo para verificar se o autor e o réu tinham, antes da audiência, manifestado interesse em conciliação, se tinham manifestado desinteresse ou se tinham permanecido silentes a respeito. Nesse sentido, repise-se que o Código tornou obrigatório, como nova adição aos requisitos da petição inicial (art. 319), que o autor desde já manifeste se tem ou não interesse na audiência de conciliação. Quanto ao réu, caso esteja desinteressado na tentativa de acordo, incumbem-lhe informá-lo ao juiz em petição própria.

A pesquisa se restringiu a processos de procedimento comum porque é a esse rito que se aplica a regra processual objeto da pesquisa, contida no art. 334 do CPC/2015. Ainda no aspecto procedimental, é relevante mencionar que todos os processos da amostra tiveram a audiência de conciliação remetida ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) local, para ser realizada por um conciliador habilitado. Sabe-se que, mesmo onde há Cejusc operando, não é incomum que os juizes de primeira instância, em alguns casos, optem por não enviar o processo para aquela unidade, preferindo realizar eles mesmos,

pessoalmente, a tentativa de conciliação. No entanto, não foi o caso de nenhum dos processos da amostra.

A pesquisa se restringiu a processos das varas cíveis porque são as varas que concentram a maioria dos processos de procedimento comum regulados pelo CPC/2015, de modo que a busca seria muito mais produtiva limitando a pesquisa a esses órgãos. Verificou-se que as demais varas ou são regidas pelo Código de Processo Penal em vez do Código de Processo Civil, ou lidam menos frequentemente com processos cíveis de procedimento comum, havendo, em vez disso, uma abundância de processos que seguem ritos especiais (caso, por exemplo, das varas empresariais). As varas especializadas em litígios relacionados à Fazenda Pública foram excluídas da amostra por um motivo à parte: mesmo havendo abundantes processos cíveis de procedimento comum, nelas os juízes têm uma tendência quase categórica a não marcar a audiência de conciliação exigida pelo CPC/2015, como já foi atestado em outra pesquisa empírica (REIS, 2017). A razão alegada para tanto é que a Fazenda Pública seria restringida pela indisponibilidade do interesse público, de modo que seus procuradores estariam impedidos de fazer acordo de conciliação; e os litígios que versam sobre direitos indisponíveis seriam litígios em que “não se admit[e] a autocomposição”, justamente uma das hipóteses de dispensa de audiência de conciliação elencadas pelo art. 334, § 4º, do CPC/2015. Independentemente da correção ou incorreção jurídica da tese, o fato é que era adotada pela grande maioria das varas da Fazenda Pública em Belo Horizonte à época da realização do levantamento, por isso seria improdutivo conduzir a busca também nessas varas, visto que as audiências de conciliação eram raras.

A pesquisa se restringiu a processos do TJMG por ser o tribunal mais acessível aos autores, e à comarca de Belo Horizonte por ser a maior desse tribunal, de modo que oferecia não só a maior base de dados, como também a mais rica especialização de varas por assunto, o que facilita a busca por processos especificamente regidos pelo procedimento comum do CPC/2015, em contraste com a situação das comarcas menores, em que processos penais chegam a correr nas mesmas varas que os cíveis.

A pesquisa se limitou a processos ajuizados na vigência do CPC/2015 para excluir aqueles aos quais o Código não era integralmente aplicável, em razão de as petições iniciais protocoladas anteriormente ainda não terem como requisito a informação de interesse ou não do autor em audiência de conciliação, de modo que os processos respectivos não serviam para a pesquisa, ainda que chegassem a ter efetiva realização da audiência de conciliação (visto que o novo Código se tornou aplicável aos atos processuais vincendos dos processos já existentes).

A pesquisa se restringiu a processos que tivessem um único autor e um único réu para simplificar a análise dos dados, visto que, quando há múltiplas partes em qualquer dos polos, a interação entre elas se torna um novo fator que pode influir sobre a celebração de acordo. Introduzir-se-iam, assim, de forma desnecessária, novas variáveis ocultas que poderiam interferir na probabilidade de autocomposição. Sabe-se que, em pesquisas quantitativas que bus-

cam investigar as causas de fenômenos, quanto mais variáveis atuarem simultaneamente, mais difícil se torna a análise.

Por fim, a pesquisa se restringiu a processos que efetivamente tiveram audiência de conciliação realizada, porque isso era inerente ao objeto de pesquisa, visto que o resultado de tal audiência era a variável mais importante a ser aferida.

1.1. ADVERTÊNCIA SOBRE A REPRESENTATIVIDADE DA AMOSTRA

Em pesquisas quantitativas, é importante que a amostra seja coletada de forma aleatória para assegurar que constitua retrato fiel do universo a ser representado. Nesta pesquisa, fez-se o possível para que a seleção da amostra obedecesse a este padrão: os processos ajuizados a partir de 18 de março de 2016 foram examinados por ordem estritamente cronológica de protocolo e todos os que se encaixassem nos requisitos mínimos preestabelecidos (listados em sua totalidade na seção 1), eram incluídos, independentemente de qualquer outra característica. No entanto, é preciso advertir que tais pré-requisitos, por mais que fossem imprescindíveis à realização da pesquisa, inevitavelmente traziam em si algum potencial de distorcer a amostra, como se explica a seguir.

Foram excluídos da amostra os processos que, no momento da coleta, ainda não tinham tido audiência de conciliação realizada, seja porque ainda não fora nem sequer agendada pelo juízo, seja porque já fora agendada, mas ainda não chegara o seu momento. Isso implica que muitos processos tiveram de ser deixados de fora da amostra por estarem tramitando mais lentamente que o normal, de modo que ainda não estavam suficientemente evoluídos nas etapas processuais para serem úteis à pesquisa. Portanto, quaisquer que sejam os fatores que levam um processo a tramitar mais lentamente que os outros na fase entre o protocolo e a citação do réu, eles estarão sub-representados na nossa amostra, em comparação com sua frequência no mundo real. Convém então indagar quais fatores são esses; pudemos detectar pelo menos um: é frequente o juiz considerar que a petição inicial está incompleta por ter faltado o autor comprovar que cumpre os requisitos para receber gratuidade de justiça. Nesses casos, o juiz frequentemente espera o autor apresentar a documentação exigida para só então deferir a petição e intimar o réu para a audiência de conciliação. Como consequência desse fenômeno, a amostra deve ter uma sub-representação de processos com requerimento de gratuidade de justiça, já que, em comparação com outros, eles correm um risco adicional de ter seu andamento atrasado. Isso é um problema? Provavelmente não; como se verá, não se encontraram indícios de que o fato de o autor ser beneficiário da justiça gratuita tenha efeito sobre a probabilidade de conciliação.

Foram excluídos ainda os processos em que a audiência de conciliação fora inviabilizada pelo não comparecimento de ao menos uma das partes, sem representação por advogado. O não comparecimento ocorreu em igual medida para o autor e para o réu; no segundo caso, um motivo frequente foi que as tentativas de citação do réu ainda não tinham sido bem-sucedidas. Assim, estarão sub-representados na amostra processos em que, por qualquer motivo,

o réu for difícil de ser encontrado para citação, bem como os processos com eventuais características que tornem mais provável que uma das partes, ou ambas, decidam faltar à audiência sem enviar advogado.

Outra limitação que poderia ser apontada na amostra é o fato de só incluir processos ajuizados entre os meses de março e junho. Como existe certa sazonalidade no acionamento da Justiça, pode ser, em tese, que os processos ajuizados nesses meses tenham perfil ligeiramente diferente dos ajuizados em outras épocas do ano.

1.2. TESTE DE SIGNIFICÂNCIA

Para testar se determinada variável estava associada a sucesso ou insucesso na conciliação, considerou-se a subamostra de processos nos quais aquela variável estava presente e aferiu-se quão frequentemente, naquela subamostra, as audiências de conciliação resultaram em acordo, em comparação com o índice de conciliação esperado, que era de 12,8%, por ser o verificado na amostra geral de processos (ou 5,3%, quando se adotou experimentalmente uma amostra alternativa que excluía os processos que envolvem Seguro DPVAT [(Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de via Terrestre)]). Para cada índice de conciliação obtido, foi feito um teste de significância utilizando o valor-p. Quanto menor o valor-p, menor é a probabilidade de o resultado encontrado dever-se ao mero acaso, e, portanto, maior é a probabilidade de ele indicar a descoberta de um fenômeno genuíno. Nas pesquisas das ciências sociais, por convenção, normalmente se exige valor-p menor que 0,05 para se considerar um resultado significativo e permitir que o pesquisador tire conclusões sobre ele. Assim, todos os resultados nos quais o valor-p foi menor que esse foram destacados nas tabelas a fim de indicar que são fortes o suficiente para demonstrar que a variável em análise influencia a chance de acordo. Os valores-p encontrados foram marcados com asteriscos, tendo sido adotado o padrão internacional, pelo qual um asterisco indica $p < 0,05$; dois asteriscos, $p < 0,01$; e três asteriscos, $p < 0,001$. Quanto maior o número de asteriscos, portanto, mais confiável é o resultado ali encontrado.

2. RESULTADOS

Dos 864 processos da amostra, 111 foram encerrados por acordo de conciliação, o que resulta em um percentual de 12,8%. Esse índice é próximo do índice geral de conciliação de 11,9% no Judiciário como um todo em 2016 (BRASIL, 2017, p. 123). Não foram encontrados dados específicos nos Cejuscs da comarca de Belo Horizonte para comparação.

Os dados obtidos indicam que as condições em que é mais provável a obtenção de acordo de conciliação são: (i) ser um processo relacionado ao Seguro DPVAT; (ii) o autor ter manifestado interesse em audiência de conciliação na petição inicial; e (iii) o autor, quando pessoa natural, ter comparecido pessoalmente à audiência de conciliação. Por outro lado, os fatores mais associados a fracasso da tentativa de conciliação, com o processo continuando

na via litigiosa, são: (i) ser um processo envolvendo contratos bancários (não foi obtido nenhum acordo na amostra); (ii) não haver o comparecimento pessoal do autor pessoa natural à audiência de conciliação, que manda apenas seu advogado; e (iii) o autor ter manifestado desinteresse em audiência de conciliação na petição inicial.

Outro fator que a princípio pareceu estar associado à obtenção de acordo foi ter havido manifestação do réu nos autos no sentido do interesse na tentativa de conciliação. Inversamente, os seguintes fatores inicialmente pareciam diminuir a chance de acordo: (i) ter havido manifestação do réu no sentido do desinteresse; (ii) ser um processo que pleiteia indenização por danos (quer se incluam, quer se excluam os que pedem danos morais por inclusão indevida em cadastro de inadimplentes); (iii) o autor ter permanecido silente nos autos acerca do seu interesse ou não em tentativa de acordo, em descumprimento do art. 319, VII, do CPC/2015, que exige que ele se pronuncie a respeito; e (iv) tanto o autor quanto o réu serem pessoas jurídicas. No entanto, os fatores listados neste parágrafo são menos robustos que os anteriores: deixaram de aparecer como estatisticamente significantes quando foram experimentalmente retirados da amostra os processos que envolvem Seguro DPVAT, ao contrário dos listados no parágrafo anterior, que se mantiveram firmes mesmo depois de submetidos a esse teste adicional.

Por outro lado, os seguintes fatores, que não apareciam como estatisticamente significantes levando em conta a amostra geral, passaram a despontar como significantes, revelando-se favorecedores da conciliação, a partir do momento em que se excluíram os processos relacionados ao Seguro DPVAT: (i) o réu ser pessoa natural; (ii) ser um processo que envolva cobrança de débito; e (iii) ser um processo sobre interpretação/revisão/extinção de contrato não bancário.

O motivo de se ter trabalhado experimentalmente com uma amostra paralela que exclui os processos atinentes ao Seguro DPVAT foi que, como se verá, esse tipo de processo tem índice de conciliação desproporcionalmente maior que os outros e eleva a média artificialmente para cima (tanto mais porque são uma categoria numerosa da amostra). Como consequência, quando tais processos são retirados da amostra, o novo índice de conciliação cai para menos da metade, e o novo parâmetro de comparação altera as conclusões: categorias de processo que antes pareciam estar na média passaram a se revelar ostentadoras de índices de conciliação, na realidade, bastante elevados (acima do patamar de significância estatística), dadas as expectativas mais modestas estabelecidas pela nova média. Inversamente, categorias de processos que antes pareciam ter índices de conciliação anormalmente baixos passaram a ser reinterpretadas e ter índices dentro do esperado.

O rol completo das variáveis que foram testadas para aferir seu potencial preditivo, com o respectivo resultado, encontra-se na Tabela 1.

TABELA 1 – ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO PARA CADA VARIÁVEL

| VARIÁVEL | ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO | TAMANHO DA AMOSTRA | p |
|---|-----------------------|--------------------|-------------------------|
| ASSUNTO: SEGURO DPVAT | 50% | 132 | 0,00 (***) |
| AUTOR DESINTERESSADO, RÉU INTERESSADO | 33% | 3 | 0,09 |
| AUTOR INTERESSADO | 32% | 250 | 0,000000000000001 (***) |
| AUTOR INTERESSADO, RÉU SILENTE | 32% | 229 | 0,000000000000001 (***) |
| AUTOR INTERESSADO, RÉU INTERESSADO | 29% | 14 | 0,051 |
| RÉU INTERESSADO | 27% | 22 | 0,03 (*) |
| AUTOR PESSOA JURÍDICA, RÉU PESSOA NATURAL | 23% | 35 | 0,06 |
| AUTOR PESSOA NATURAL COMPARECEU PESSOALMENTE | 23% | 371 | 0,0000001 (***) |
| RÉU PESSOA NATURAL COMPARECEU PESSOALMENTE | 21% | 52 | 0,63 |
| RÉU PESSOA NATURAL | 20% | 56 | 0,1 |
| AUTOR SILENTE, RÉU INTERESSADO | 20% | 5 | 0,25 |
| HOUE CONTESTAÇÃO ANTES DA AUDIÊNCIA E O AUTOR ERA PESSOA NATURAL | 15% | 468 | 0,2 |
| HOUE CONTESTAÇÃO ANTES DA AUDIÊNCIA | 14% | 486 | 0,28 |
| AUTOR INTERESSADO, RÉU DESINTERESSADO | 14% | 7 | 0,45 |
| AUTOR PESSOA NATURAL, RÉU PESSOA NATURAL | 14% | 21 | 0,56 |
| AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA | 13% | 728 | 0,58 |
| RÉU SILENTE | 13% | 782 | 0,66 |
| ASSUNTO: COBRANÇA DE DÉBITO | 13% | 53 | 0,74 |
| ASSUNTO: INTERPRETAÇÃO/REVISÃO/EXTINÇÃO DE CONTRATO NÃO BANCÁRIO | 13% | 46 | 0,75 |
| AUTOR PESSOA NATURAL | 13% | 769 | 0,76 |
| AUTOR PESSOA NATURAL, RÉU PESSOA JURÍDICA | 13% | 748 | 0,78 |
| NÃO HOUE CONTESTAÇÃO ANTES DA AUDIÊNCIA, O AUTOR ERA PESSOA NATURAL E A AÇÃO VERSAVA SOBRE DANO MORAL (EXCETO INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES) | 13% | 64 | 1,12 |

(continua)

| VARIÁVEL | ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO | TAMANHO DA AMOSTRA | p |
|---|-----------------------|--------------------|--------------------|
| RÉU PESSOA JURÍDICA | 12% | 808 | 0,77 |
| NÃO HOUE CONTESTAÇÃO ANTES DA AUDIÊNCIA | 11% | 378 | 0,28 |
| NÃO HOUE CONTESTAÇÃO ANTES DA AUDIÊNCIA E O AUTOR ERA PESSOA NATURAL | 11% | 301 | 0,29 |
| AUTOR PESSOA JURÍDICA | 11% | 95 | 0,62 |
| AUTOR NÃO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA | 10% | 136 | 0,31 |
| ASSUNTO: AÇÃO COMINATÓRIA, EXCETO INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES | 7% | 29 | 0,52 |
| AUTOR SILENTE | 7% | 223 | 0,005 (**) |
| AUTOR SILENTE, RÉU SILENTE | 7% | 205 | 0,009 (**) |
| HOUE CONTESTAÇÃO ANTES DA AUDIÊNCIA, O AUTOR ERA PESSOA NATURAL E A AÇÃO VERSAVA SOBRE DANO MORAL (EXCETO INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES) | 5% | 58 | 0,1 |
| AUTOR DESINTERESSADO, RÉU SILENTE | 5% | 348 | 0,0000004 (***) |
| ASSUNTO: INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES | 5% | 347 | 0,000001 (***) |
| AUTOR PESSOA NATURAL NÃO COMPARECEU PESSOALMENTE | 4% | 398 | 0,0000000004 (***) |
| AUTOR DESINTERESSADO | 4% | 391 | 0,00000002 (***) |
| ASSUNTO: INDENIZAÇÃO POR DANOS, EXCETO POR INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES | 4% | 75 | 0,02 (*) |
| AUTOR PESSOA JURÍDICA, RÉU PESSOA JURÍDICA | 3% | 60 | 0,03 (*) |
| RÉU DESINTERESSADO | 2% | 60 | 0,005 (**) |
| AUTOR SILENTE, RÉU DESINTERESSADO | 0% | 13 | 0,33 |
| RÉU PESSOA NATURAL NÃO COMPARECEU PESSOALMENTE | 0% | 4 | 0,83 |
| ASSUNTO: CONTRATOS BANCÁRIOS | 0% | 168 | 0,0000000002 (***) |
| AUTOR DESINTERESSADO, RÉU DESINTERESSADO | 0% | 40 | 0,008 (**) |
| TOTAL DE PROCESSOS | 12,80% | 864 | |

* = P < 0,05; ** = P < 0,01; *** = P < 0,001.

Fonte: Elaboração própria.

2.1. A VARIÁVEL INTERESSE *VERSUS* DESINTERESSE DO AUTOR EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Como foi explicado, o CPC/2015 adotou a manifestação *a priori* de interesse ou desinteresse das partes como o principal indicador da probabilidade de sucesso da audiência de conciliação. A pesquisa indica que essa escolha foi acertada: ao menos para o autor, encontrou-se correlação clara e estatisticamente significativa entre a manifestação prévia de interesse e a efetiva obtenção de acordo.

A hipótese do legislador (que aqui denominamos “hipótese proverbial”) era a de que, mesmo que uma das partes tivesse manifestado desinteresse, o fato de apenas a outra ter interesse era suficiente para nutrir esperanças de realização de acordo. Infelizmente, não foi possível testar essa hipótese satisfatoriamente, porque a pesquisa descortinou que, na prática forense, é raro que ambas as partes se manifestem sobre o interesse ou não em tentativa de acordo: geralmente, só o autor o faz. Dos 864 processos da amostra, o réu se manifestou em uma pequena minoria de apenas 82; em 22 deles, a manifestação foi destinada a mostrar interesse e, em 60, a mostrar desinteresse. O silêncio generalizado do réu é consequência natural das regras processuais adotadas, que fornecem pouco motivo para que ele o faça: a única circunstância em que a manifestação produzirá alguma consequência é se o autor já tiver previamente manifestado desinteresse, caso em que deverá ensejar o cancelamento da audiência de conciliação (o que, por lapso do juízo, nem sempre acontece, visto que entraram na amostra 40 processos em que a audiência foi, apesar disso, mantida). Justamente por ser a única situação em que o réu tem incentivo prático para se manifestar, é a que mais ocorre na prática: das 82 manifestações do réu, 40 foram para manifestar desinteresse quando o autor já tinha feito o mesmo. (Outras 20 foram para manifestar desinteresse quando o autor tinha manifestado interesse ou se mantido silente, e apenas nas 22 restantes o réu manifestou interesse; em qualquer das duas situações, o CPC/2015 não prevê nenhuma consequência prática para tal manifestação, devendo a audiência ser realizada de qualquer forma.)

Quanto ao autor, na amostra, manifestou interesse em audiência de conciliação em 250 (29%) dos processos e desinteresse em 391 (45%). Houve ainda 223 em que ele se manteve silente (26%).

Os índices de conciliação conforme o teor da manifestação de cada parte estão dispostos na Tabela 2.

TABELA 2 – ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO CONFORME A MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE OU DESINTERESSE DAS PARTES NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA

| | RÉU INTERESSADO | RÉU SILENTE | RÉU DESINTERESSADO |
|----------------------|-----------------|-------------|--------------------|
| AUTOR INTERESSADO | 29% | 32% | 14% |
| AUTOR SILENTE | 20% | 7% | 0% |
| AUTOR DESINTERESSADO | 33% | 5% | 0% |

Fonte: Elaboração própria.

Abstraindo-se das manifestações do réu (que, aliás, ainda não terão ocorrido no momento em que se designa a audiência), o resultado é um índice de conciliação de 32% quando o autor manifesta interesse, de 7% quando se mantém silente e de 4% quando manifesta desinteresse. Nota-se que o silêncio do autor na petição inicial é indicativo de uma probabilidade de conciliação próxima da que existe quando ele manifesta desinteresse. Incidentalmente, isso refuta outro provérbio que parafraseia as escolhas do legislador nessa seara, desta vez, o provérbio “Quem cala, consente”. O legislador parece presumir do silêncio da parte suficiente interesse para justificar a marcação de audiência de conciliação, como se de manifestação de interesse se tratasse; os dados indicam que essa presunção não foi acertada.

Quanto à hipótese de que, “quando um não quer, dois não brigam”, seria necessário comparar três situações, como fora explicado: (i) quando tanto o autor quanto o réu estivessem interessados em tentativa de autocomposição; (ii) quando só o autor ou só o réu estivesse interessado; e (iii) quando nenhuma das partes estivesse interessada. O número de processos encontrados que se encaixaram em cada uma das situações foi respectivamente 14, 10 e 40, amostra que se revelou baixa demais para fornecer resultados estatisticamente significantes. No entanto, observou-se que os percentuais de acordo nas três situações foram de 29%, 20% e 0%, respectivamente. Assim, não fosse a falta de significância desses resultados, dado o pequeno tamanho da amostra, poderia ser enunciada a conclusão de que a hipótese do legislador estava correta e, como diz o provérbio, quando um não quer, dois não brigam – ou ao menos têm menor probabilidade de brigar do que se os dois o quisessem.

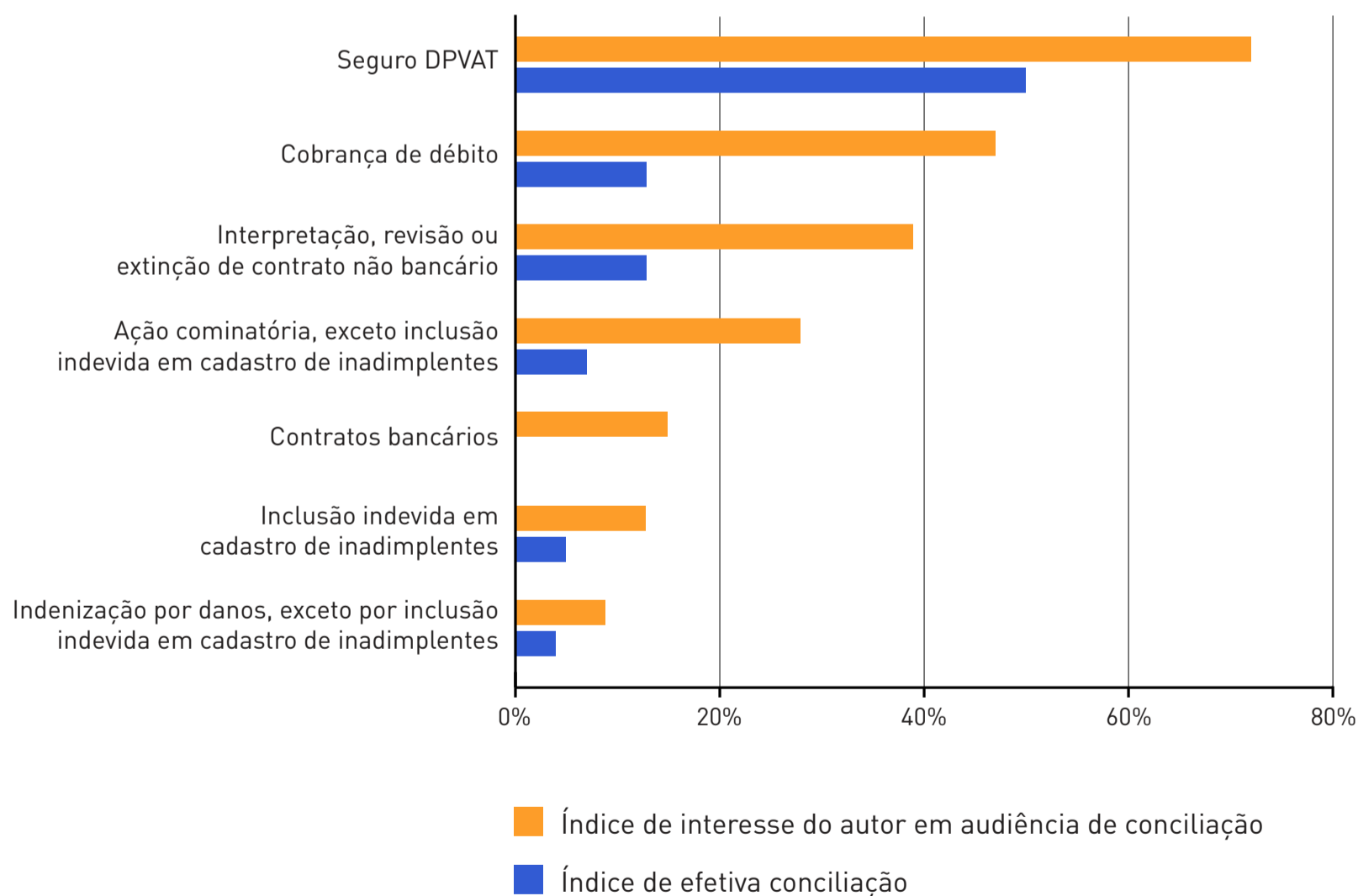
Em qualquer caso (ainda que a pesquisa fosse repetida com amostra maior, gerando resultados significantes no mesmo sentido ou em outro), é preciso sempre fazer a ressalva de que a própria decisão das partes por se manifestarem ou não (no sentido seja do interesse, seja do desinteresse) é diretamente influenciada pelo arranjo normativo que se pretendeu testar. Caso o legislador tivesse optado por dispensar a audiência por força da manifestação de apenas uma das partes, por exemplo, indubitavelmente seria muito maior o número de réus dispostos

a peticionar manifestando desinteresse, o que por si só poderia produzir estatísticas diferentes das obtidas, ainda que nos demais aspectos os processos permanecessem idênticos.

2.2. A VARIÁVEL ASSUNTO DA AÇÃO

Se alguns manifestam interesse em audiência de conciliação e outros não, infere-se que os primeiros o façam por enxergar maior probabilidade de a audiência resultar em acordo. Nesse sentido, pode-se dizer que a pesquisa encontrou dados tendentes a apontar que, de forma geral, é acertada a avaliação dos autores sobre a real chance de a conciliação ser obtida. Isso porque, quando foi calculada a taxa de interesse dos autores para cada tipo de ação, o resultado foi que os tipos de ação em que o autor se mostra mais frequentemente interessado em tentar a conciliação são justamente os processos em que a conciliação de fato tem maior probabilidade de ser bem-sucedida (Gráfico 1).

GRÁFICO 1 – ÍNDICE DE INTERESSE DO AUTOR EM CONCILIAÇÃO E EFETIVO ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO POR ASSUNTO DE AÇÃO



Fonte: Elaboração própria.

Seria possível levantar uma objeção a essa conclusão. Quando A e B estão associados, pode ser que A cause B ou que B cause A. Sugerimos que, para determinados tipos de ação, os autores estavam mais interessados em tentar conciliação porque sabiam que nesses assuntos o índice de conciliação era maior; também pode ocorrer a causalidade inversa, com determinados tipos de ação apresentando maiores índices de conciliação justamente porque nesse tipo de ação os autores da amostra estavam mais interessados em conciliar. Para descartar essa hipótese, foi feito o controle da variável interesse do autor; em outras palavras, eliminou-se a influência dessa variável para verificar se, inobstante isso, o resultado ainda se manteria. Isso foi feito separando a amostra em três: os processos em que o autor manifestara interesse, os processos em que ele se mantivera silente e os processos em que ele manifestara desinteresse, para verificar se, em cada um desses universos, alguns assuntos continuariam rendendo mais conciliações que outros. Uma operação desse tipo, que envolve uma fragmentação cada vez maior da amostra, leva naturalmente a resultados menos significantes, já que, quanto menor for a amostra, maior é a chance de resultados extremos serem obtidos por acaso. E, no entanto, esse teste foi vencido: os mesmos assuntos de ação continuaram apresentando índices de conciliação significativamente maiores ou menores, independentemente do nível de interesse prévio do autor.

Ou seja, o assunto da ação é em si objetivamente determinante para a probabilidade de conciliação, independentemente da mentalidade dos autores. Assim, se as manifestações de interesse ou desinteresse dos autores variam com o assunto da ação de forma quase exatamente correspondente à efetiva probabilidade de conciliação é porque os autores têm noção muito apurada sobre essa probabilidade.

Uma evidência direta da existência de conhecimento disperso sobre fatores que afetam a chance de conciliação é fornecida pelas petições de contestação de um escritório de advocacia que atuou em múltiplos processos que apareceram na amostra desta pesquisa. Tal escritório faz a defesa judicial de bancos; suas contestações repetidamente defendem a tese heterodoxa de que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito quando não tiver sido antes tentada uma composição extrajudicial. Nesse ponto, as petições do escritório dizem: “E ninguém em sã consciência e honestidade diga que Bancos [sic] não realizam acordos”.¹ Ora, se o texto já antecipa esse contra-argumento sem que tenha sido dito, é porque se trata de uma alegação feita com frequência pelos litigantes da área. Ou seja, existe um conhecimento difuso a respeito da inutilidade de se participar de sessões de conciliação com instituições financeiras, porque sabidamente nelas não se celebrariam acordos. (Incidentalmente, isso quer dizer que, se a intenção era produzir um efeito reputacional para desencorajar litigantes, como se aventou em ponto anterior deste trabalho, o desiderato foi bem-sucedido.)

...

1 Alegação feita nos processos da amostra de números 5071438-33.2016.8.13.0024, 5073293-47.2016.8.13.0024, 5074591-74.2016.8.13.0024, entre outros.

Os dados obtidos confirmam que tal noção difundida está correta: dos 168 processos pesquisados cujo objeto eram contratos bancários, nenhum teve acordo de conciliação. O valor-p indica ser de apenas 0,00000002% a probabilidade de um resultado tão extremo ser obtido aleatoriamente, caso as chances de se fechar acordo nesse tipo de processo fossem iguais às de qualquer outro.

Outra demonstração de que os profissionais atuantes na área são bons conhecedores da realidade processual foi apontada por Gouveia (2014), quando, já em 2014, a respeito do novo Código, ainda em elaboração, comentou:

Nossa experiência prática demonstra ainda que vários advogados questionam [a] utilidade prática [da nova audiência de conciliação], especialmente quando se encontram no polo passivo pessoas jurídicas, demandados habituais que muitas vezes t[ê]m a clara orientação para que seus advogados não firmem acordos.

Com o conhecimento advindo de sua experiência profissional, o jurista pôde então antecipar um resultado da experimentação legislativa consistente na nova audiência de conciliação; antecipou, inclusive, o que seria mais tarde achado neste trabalho usando a metodologia científica: que processos com réu pessoa natural têm maior chance de obterem conciliação que os processos com réu pessoa jurídica. Os dados do presente trabalho demonstram que a intuição do profissional estava correta.

O fato de os advogados atuantes no contencioso especializado disporem de conhecimento prático das situações com maior ou menor probabilidade de acordo é, ao mesmo tempo, boa e má notícia para os formuladores de política pública que repetidamente buscam incrementar a autocomposição. A boa notícia é que um tipo de conhecimento útil para tal objetivo, mas de difícil acesso para o elaborador da lei, revela-se já existente, acumulado na forma do que as ciências sociais chamam de *conhecimento tácito*; e pode ser empregado pelo poder público, como, aliás, já foi feito quando deu relativo poder às partes para decidirem a respeito da viabilidade ou não de audiência de conciliação. A má notícia é que fica refutada a ideia, largamente pregada na doutrina, de que o insucesso da conciliação no Brasil se devia a nada mais do que uma “cultura da sentença”, na célebre formulação de Watanabe (2005), que culpa um suposto despreparo dos advogados brasileiros para a autocomposição pelos seus baixos índices no Brasil. A culpa seria do ensino jurídico, excessivamente focado no litígio. Cambi (2015, p. 878) chega a falar na necessidade de “campanhas de conscientização popular e de educação para o exercício da cidadania” a fim de que a audiência de conciliação do CPC/2015 se torne efetiva, sob pena de se tornar letra morta para um povo que não sabe utilizá-la. Ora, os dados indicam justamente o contrário: não é o povo que precisa que o Estado o conscientize e o eduque sobre a autocomposição. Ao contrário, é o Estado que precisa que o povo o conscientize e o eduque, visto que já detém um conhecimento mais refinado sobre as possibilidades e os percalços para a conciliação. Isso sugere que há pouco espaço remanescente para soluções fáceis como “cons-

cientizar” a população sobre a possibilidade de conciliação. Se o poder público deseja a consecução desse objetivo de política pública, terá de fazer um esforço maior e implantar medidas mais substanciais, que de fato modifiquem os incentivos existentes para os litigantes e alterem a situação material, por eles objetivamente constatada, de baixa probabilidade de acordo.

2.3. A VARIÁVEL COMPARECIMENTO PESSOAL *VERSUS* REPRESENTAÇÃO POR PROCURADOR

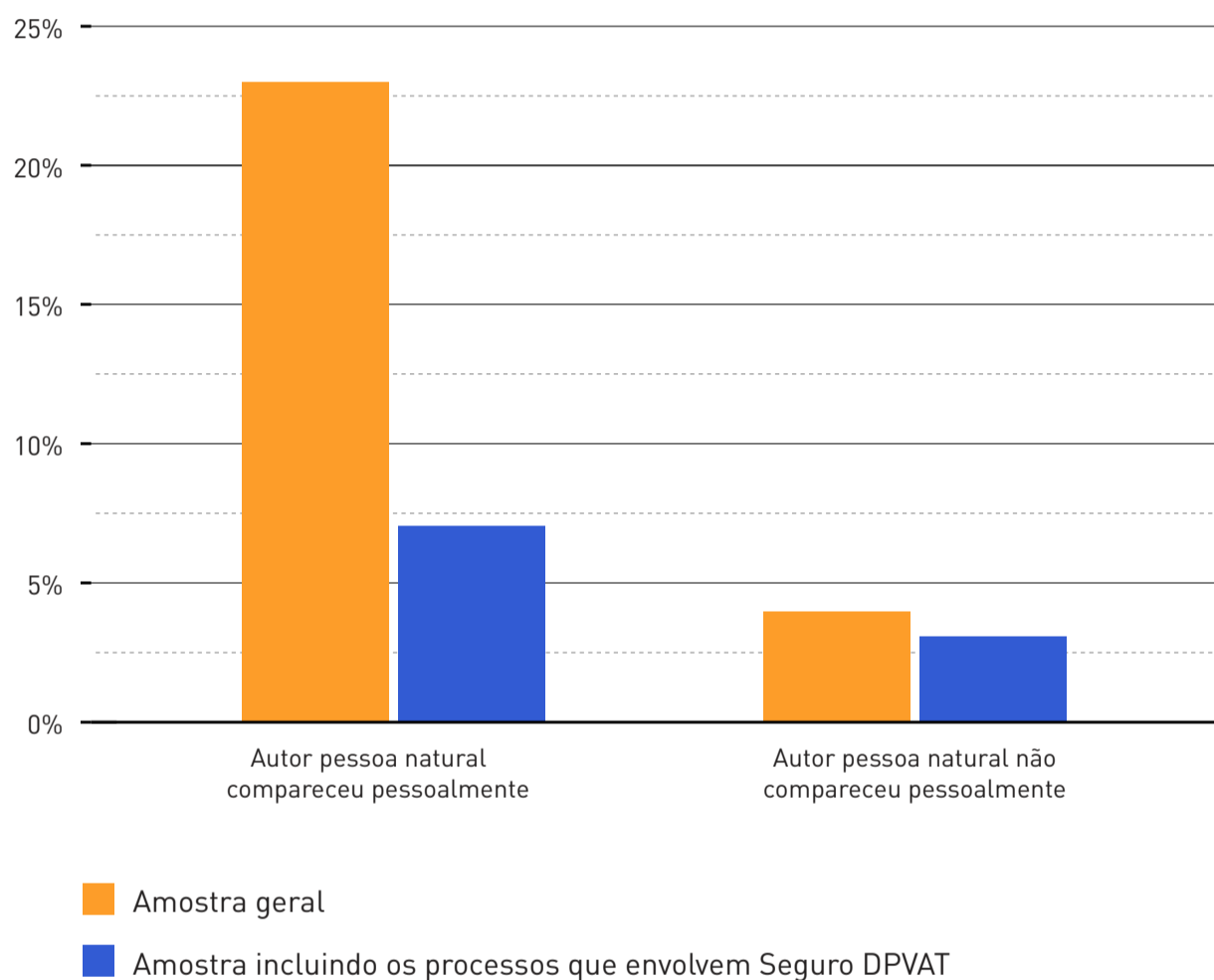
Outro fator que se mostrou muito potente como indicador da probabilidade de conciliação é o comparecimento pessoal ou não da parte à audiência, por oposição a simplesmente mandar o advogado em seu lugar. (Aqui restringimos a análise às partes pessoas naturais, até porque não há sentido falar de “comparecimento pessoal” de uma pessoa jurídica.) O que se constatou foi que o fato de o autor pessoa natural deixar de comparecer pessoalmente à audiência está associado a uma forte queda na probabilidade de conciliação. Nesse ponto, seria possível especular que se trate apenas do efeito oculto de uma variável já estudada, a do interesse ou desinteresse prévio em conciliação; isso porque, como se verificou, a chance de o autor deixar de comparecer pessoalmente é muito maior quando ele já manifestara desinteresse na audiência. No entanto, quando se controla para essa variável, revela-se que o comparecimento pessoal do autor continua a ter um efeito positivo sobre as chances de acordo independentemente de qualquer outro fator: mesmo quando o autor inicialmente manifesta desinteresse na tentativa de conciliação, o fato de, depois disso, comparecer pessoalmente continua associado a um aumento na probabilidade de conciliação, em comparação com quando se limita a mandar advogado.

Parece intuitivo que seja mais fácil negociar uma transação com a própria parte, titular dos direitos a serem negociados, do que com um procurador dela. Pode ser que este não se sinta confortável em abrir mão dos direitos do seu cliente em troca de uma contrapartida menos generosa do que a que o cliente talvez considerasse aceitável. Em casos extremos, o advogado pode nem mesmo ter real autorização do cliente para aceitar qualquer proposta de acordo. Por mais que o art. 334, § 10, do CPC/2015 exija que o advogado compareça à audiência com “procuração específica com poderes para negociar e transigir”, nada impede que o cliente conceda esses poderes apenas formalmente, com o único objetivo de cumprir o dever processual de se fazer representar na audiência e evitar a incidência de multa.

Nos processos relacionados ao Seguro DPVAT, o comparecimento pessoal da parte é ainda mais importante para as possibilidades de conciliação, porque neles é realizado previamente à audiência, no próprio Cejusc, uma perícia médica para avaliar a extensão da lesão sofrida pelo autor, a fim de determinar o valor adequado de indenização. A existência dessa perícia, que fornece valiosa informação nova às partes sobre suas chances de vitória na sentença, é o fator mais importante para explicar o alto índice de conciliação nos processos relacionados a esse tema. Isso se comprova pelo fato de que, nos processos em que o autor não comparece pessoalmente (não sendo, portanto, ali realizada perícia médica), o índice de conciliação cai para apenas 22%, certamente ainda acima da média dos processos, mas quase um terço do

índice de conciliação de 59% que se verifica nos processos de Seguro DPVAT em que o autor comparece pessoalmente (ver Gráfico 2).

GRÁFICO 2 – ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO CONFORME O COMPARECIMENTO PESSOAL DO AUTOR PESSOA NATURAL



Fonte: Elaboração própria.

Os resultados da pesquisa permitem nutrir a crença de que, caso a presença pessoal da parte se tornasse obrigatória, eliminando-se a possibilidade de constituir representante por procuração específica (art. 334, § 10, do CPC/2015), o índice de conciliações aumentaria. No entanto, é uma conclusão a ser tomada com cautela, porque, partindo-se de uma amostra de processos nos quais o autor manifestou desinteresse na conciliação, no momento em que se selecionam dessa amostra os processos em que o autor decidiu tomar o passo adicional de comparecer pessoalmente, é importante ter em mente que essa subamostra não é aleatória: provavelmente estarão sendo selecionados os autores mais interessados entre os desinteressados, e também os autores que enxergavam nos seus processos condições objetivas que tornavam mais

provável a obtenção de acordo. Assim, caso se mudasse a regra para que todos os autores fossem forçados a comparecer, os mais afetados pela medida seriam justamente os envolvidos nos processos com menor perspectiva de conciliação, e que exatamente por isso escolheriam não comparecer, se pudessem. Em outras palavras, aumentar o índice de comparecimento pessoal dos autores pode até ser uma boa medida para favorecer a conciliação, mas é presumivelmente uma estratégia com retornos decrescentes.

2.4. A VARIÁVEL OFERECIMENTO *VERSUS* NÃO OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO ANTES DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Não foi detectada relação estatisticamente significativa entre o momento em que a contestação é oferecida e a probabilidade de conciliação. Os dados aparentam sugerir, com $p = 0,28$, que a apresentação de contestação antes da audiência de conciliação esteja associada a um maior índice de autocomposição. Todavia, o que se verifica é que esse resultado advém da confusão com outras variáveis; por exemplo, as ações em que há maior probabilidade de o réu apresentar contestação antes da audiência são aquelas relacionadas ao Seguro DPVAT, justamente as que têm a maior chance de obtenção de acordo. Em consequência, quando se retiram da amostra os processos que versam sobre esse assunto, a relação não só se torna ainda menos significativa, como ainda se inverte, passando a indicar que, na realidade, a não apresentação antecipada da contestação é que favoreceria os acordos. Assim, com resultados contraditórios e sem significância estatística, não foi possível pôr à prova por essa via a hipótese emocional ou a hipótese do excesso de otimismo.

2.5. A VARIÁVEL PARTE PESSOA NATURAL *VERSUS* PARTE PESSOA JURÍDICA

À primeira vista, os dados parecem indicar que a chance de acordo seria menor quando as duas partes fossem pessoas jurídicas, e, portanto, maior quando ao menos uma delas fosse pessoa natural. Em outros termos, a personalidade jurídica do autor importaria tanto quanto a do réu. No entanto, esse resultado é explicado em parte pela influência desproporcional dos processos atinentes ao Seguro DPVAT, que gozam de altos índices de conciliação e, paralelamente, como circunstância incidental, sempre envolvem um autor pessoa natural, contribuindo para elevar o índice de conciliação nos processos com essa característica. Quando retirados da amostra tais processos, justamente para eliminar essa influência estatística, o efeito não subsistiu na mesma medida, caindo para abaixo do limiar de significância, de modo que, até prova em contrário, a personalidade jurídica do autor é irrelevante. Por outro lado, ao se retirarem da amostra os processos que envolvem Seguro DPVAT, um efeito que até então parecia estatisticamente insignificante assumiu mais relevância: o alto número de acordos realizados pelas seguradoras DPVAT obscurecia o fato de que, de forma mais geral, os réus pessoas jurídicas são pouco dispostos a realizar acordo se comparados às pessoas naturais (ver Tabela 3). Incidentalmente, isso vai em sentido contrário ao que preveria a hipótese emocional.

TABELA 3 – ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO CONFORME A PERSONALIDADE JURÍDICA DAS PARTES (DESCONSIDERANDO OS PROCESSOS QUE ENVOLVEM SEGURO DPVAT)

| | RÉU PESSOA NATURAL | RÉU PESSOA JURÍDICA |
|-----------------------|--------------------|---------------------|
| AUTOR PESSOA NATURAL | 15% | 4% |
| AUTOR PESSOA JURÍDICA | 21% | 3% |

Fonte: Elaboração própria.

2.6. A VARIÁVEL ALEGAÇÃO *VERSUS* NÃO ALEGAÇÃO DE DANO MORAL PELO AUTOR

Não foi detectada uma influência estatisticamente significativa sobre a chance de conciliação, de modo que a hipótese emocional não pôde ser testada por essa via.

2.7. A VARIÁVEL PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA *VERSUS* NÃO BENEFICIÁRIA

Não foi detectada relação estatisticamente significativa entre a probabilidade de conciliação e o fato de a parte ser ou não pobre no sentido legal. Na amostra geral, a relação que havia, abaixo do limiar de significância estatística, parecia ser uma maior probabilidade de conciliação para o réu legalmente pobre. Todavia, uma vez que se retiraram da amostra os processos concernentes ao Seguro DPVAT, verificou-se o resultado oposto, e apenas por pouco aquém do limiar de significância estatística ($p = 0,052$), no sentido de que autores não beneficiários da justiça gratuita é que teriam chance maior de realizar acordo. Isso vai em sentido contrário à hipótese da pobreza, que previa maior disposição para acordo quando a parte tivesse poucos recursos financeiros.

2.8. TESTANDO A INDEPENDÊNCIA DAS VARIÁVEIS ENCONTRADAS

Identificamos três fatores que favorecem a obtenção de acordo de conciliação: manifestação de interesse do autor em audiência de conciliação na petição inicial, comparecimento pessoal do autor pessoa natural à audiência de conciliação e o fato de a ação versar sobre determinados assuntos, especialmente Seguro DPVAT. Como essas três variáveis estavam correlacionadas entre si, seria possível conjecturar que apenas uma delas exercesse influência direta e que as outras fossem meros reflexos estatísticos da primeira. Para afastar essa hipótese, foi feito um controle de variáveis. O resultado foi que, de fato, cada uma das três variáveis exerce força independente.

2.9. O INDICADOR MAIS CERTEIRO DA PROBABILIDADE DE CONCILIAÇÃO

De todos os fatores que influem na chance de conciliação, o mais potente deles foi de longe a existência de processos relacionados ao Seguro DPVAT, um seguro obrigatório, instituído por

lei, destinado a amparar as pessoas lesionadas em acidentes de trânsito, independentemente de culpa. Os processos referentes a esse seguro têm um índice de conciliação de impressionantes 50%, dez vezes maior que o índice de 5,3% do conjunto dos demais processos. De fato, de todos os acordos de conciliação que apareceram na amostra, uma maioria absoluta de 59%, ou quase dois a cada três, refere-se ao Seguro DPVAT.

É útil investigar o que há de peculiar nesse tipo de processo para que atinja índices de conciliação tão elevados. Uma pista é fornecida pelas petições iniciais, que frequentemente manifestam desinteresse na tentativa de conciliação alegando que ela é inútil se feita antes de se realizar perícia. Transcreve-se um exemplo desse tipo de alegação:

As demandas que discutem o pagamento da diferença do Seguro DPVAT, [sic] exigem a realização da prova pericial, a fim de apontar qual o grau da lesão sofrida pela parte Autora. Diante disso, a Seguradora Ré não oferece proposta de acordo, sem a realização da perícia. Portanto com base no art. 319, VII, do CPC, vem informar o desinteresse na composição. (AUTOS DO PROCESSO N. 5051717-95.2016.8.13.0024)

Esse tipo de manifestação ocorreu em 51 processos da amostra. O procedimento adotado foi incluí-los, apesar das aparências, no rol dos processos em que o autor manifestara interesse, e não desinteresse, na audiência de conciliação. Isso porque a justificativa dada para o desinteresse indica que, *a contrario sensu*, se o autor tivesse pleno conhecimento dos fatos e soubesse que a audiência de conciliação incluiria perícia, como de fato incluía, teria declarado interesse.

Os processos judiciais que envolvem Seguro DPVAT são geralmente deflagrados quando a seguradora julga que o grau de lesão do acidentado é menor que o grau de lesão que ele julga ter, o que resulta no pagamento de uma indenização securitária menor do que aquela a que ele julga ter direito. A parte então busca o Judiciário para que um terceiro imparcial faça uma nova avaliação do grau de lesão sofrido. O TJMG tem termo de cooperação técnica firmado com as seguradoras DPVAT, de modo que as avaliações médicas são realizadas em salas próprias no Cejusc já na fase da audiência de conciliação obrigatória do procedimento comum. Logo depois que a perícia é realizada, as partes, já de posse do resultado, sentam-se para a sessão de conciliação propriamente dita.

Em outras palavras, as audiências de conciliação referentes ao Seguro DPVAT são caracterizadas por uma produção antecipada de provas anterior a qualquer atuação efetiva do conciliador ou do juiz: as partes passam a conhecer o conteúdo da principal prova que fundamentará a eventual sentença. Se antes a decisão judicial sobre procedência ou improcedência do pedido era uma incógnita, ela passa a ser previsível, já que dificilmente o juiz contrariará a conclusão do perito. Foi esse o contexto que mais favoreceu a celebração de acordos na amostra da pesquisa.

CONCLUSÃO

Na ciência, dizer que uma hipótese é verdadeira equivale a dizer que as previsões que ela faz sobre resultados futuros se confirmam na realidade. Na introdução, foram expostas as hipóteses formuladas pelos doutrinadores sobre quais fatores influenciariam a chance de conciliação em um processo judicial e se discutiu quais previsões testáveis estariam implícitas em cada hipótese. Os dados empíricos encontrados no presente trabalho contrariaram uma das previsões atribuídas à hipótese emocional (ao sugerir maior chance de conciliação quando o réu é pessoa natural do que quando é pessoa jurídica). Abaixo do limiar de significância estatística, corroboraram a hipótese proverbial, pela qual “quando um não quer, dois não brigam” (uma vez que processos em que apenas uma das partes manifestou interesse na conciliação aparentaram ter maior chance de autocomposição que processos em que nenhuma das partes o manifestou), e contrariaram a hipótese da pobreza, ao sugerir, apenas ligeiramente abaixo do limiar de significância estatística, que partes não beneficiárias da justiça gratuita teriam maior chance de realizar acordo. (Importante observar, contudo, que a relação oposta se verifica nos processos que envolvem Seguro DPVAT, nos quais as partes beneficiárias da justiça gratuita é que realizam mais acordos, o que torna difícil extrair qualquer conclusão.)

Afora as hipóteses que se pretenderam testar, o trabalho também descortinou outros dados. Um deles foi que, quando os autores de ação expressam em sua petição inicial desinteresse em audiência de conciliação, não se trata de mero capricho (ou “teimosia”, na expressão de Bodart [2017]): há indícios estatísticos de que a escolha é resultado de uma análise, mesmo que intuitiva, mas nem por isso menos precisa, sobre a probabilidade de tal audiência render frutos. Presume-se que os advogados que elaboram as petições iniciais estejam fazendo o juízo de probabilidade com base na sua experiência profissional. Fica claro que já há, entre os profissionais da área, um conhecimento disperso sobre os fatores que afetam a chance de conciliação, mesmo que ainda não tenham sido plenamente captados em fontes mais formais de compartilhamento de conhecimento, como pesquisas acadêmicas ou audiências públicas nas casas legislativas. Daí se depreende, como recomendação genérica, que convém ao legislador aproveitar esse conhecimento disperso descentralizando ao máximo a decisão sobre realizar ou não audiência de conciliação, deixando-a a cargo das pessoas diretamente envolvidas, na presunção de que elas têm o senso mais apurado sobre a probabilidade de sucesso da tentativa de autocomposição. Isso já foi feito, em grande medida, no momento em que o legislador adotou a manifestação de interesse ou desinteresse das partes como critério para a designação ou não de audiência de conciliação.

Outro resultado robusto da pesquisa foi que, quando o autor manifesta na petição inicial (art. 319, VII, do CPC/2015) interesse em audiência de conciliação, a chance de ela ser bem-sucedida e encerrar o processo com a realização de acordo, é de fato maior, como parece ter previsto o legislador. Correspondentemente, quando o autor manifesta desinteresse na audiência conciliatória, a probabilidade de acordo é menor. Já quando o autor se mantém

silente, a probabilidade de conciliação, embora intermediária, aproxima-se consideravelmente mais da situação em que ele se declara desinteressado, o que permite a conclusão provisória de que o silêncio do autor deve antes ser interpretado como desinteresse em tentativa de acordo do que como interesse.

Um dado interessante é que, quer o autor tenha inicialmente se declarado interessado em tentativa de acordo, quer tenha se declarado desinteressado, o fato de ele comparecer pessoalmente à sessão, em vez de apenas enviar seu advogado, pareceu aumentar as chances de acordo em qualquer caso. Uma conclusão possível é que, se o legislador tornasse obrigatório o comparecimento pessoal da parte, o índice de conciliação aumentaria. No entanto, é uma conclusão a ser adotada com cautela, porque não se pode descartar que esteja ocorrendo um efeito de autosseleção, em que o autor decide comparecer em pessoa justamente nos casos em que a chance de acordo já era maior em primeiro lugar, resultando em um índice de conciliação maior. Nesse caso, obrigar o comparecimento para todos produziria um efeito menor do que se poderia esperar caso não se atentasse para essa ressalva.

No que se refere ao objeto da ação, a pesquisa revelou que os processos que versam sobre contratos bancários têm chance muito mais baixa do que a média de terem um acordo na audiência de conciliação; de fato, foi o único assunto de processo na amostra para o qual não foi celebrado nenhum acordo. Por isso, dentro da margem de discricionariedade que couber ao juiz (essa discricionariedade era bastante mais marcada no Código revogado, cujo art. 331, § 3º, facultava ao juiz deixar de designar audiência preliminar “se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável” a obtenção de conciliação), recomenda-se que ele dispense a audiência em processos relacionados a bancos. Por outro lado, além das ações sobre Seguro DPVAT, os índices de conciliação também foram mais altos que a média nos processos atinentes a cobrança de débito e a interpretação, revisão ou extinção de contrato não bancário. Para pesquisas futuras, sugere-se que se investiguem mais a fundo esses tipos de processo para descobrir o que pode haver neles que explique o fato de estarem discrepantes em relação à média no que diz respeito à probabilidade de autocomposição.

O achado mais relevante do presente trabalho, a nosso ver, corrobora a hipótese do excesso de otimismo e, por via reflexa, o modelo do agente racional, do qual é corolário. Trata-se da hipótese segundo a qual o insucesso das tentativas de conciliação se deve a um otimismo exagerado da parte sobre a sua chance de vitória, levando-a a preferir permanecer na via litigiosa a aceitar um acordo que considera insuficientemente generoso, dadas as informações de que dispõe até então. A pesquisa revelou que os acordos de conciliação nos Cejuscs de Belo Horizonte têm sido desproporcionalmente concentrados em processos atinentes ao Seguro DPVAT, que concentram sozinhos quase dois terços de todos os acordos realizados na amostra. As ações desse tipo terminam em autocomposição em uma elevada proporção de 50% dos casos, quase o décuplo da taxa verificada no conjunto dos demais processos. O fator que parece diferenciar tais processos é que eles têm produção antecipada de prova pericial logo antes da audiência de conciliação, o que permite aos litigantes iniciar

a audiência já com uma noção muito mais clara sobre qual deve ser a decisão judicial ao fim do processo. Isso produz um significativo contraste em relação aos demais processos, nos quais é grande a chance de as partes saírem do Cejusc tão às escuras sobre sua chance de vitória quanto antes.

Esse resultado sugere que, se a intenção for elevar o índice de acordos de composição no Brasil, o caminho a ser perseguido é aumentar a previsibilidade da eventual decisão judicial sobre o litígio. Essa meta pode ser atingida a partir medidas relativamente simples, como postergar o momento da audiência de conciliação obrigatória para uma etapa do processo na qual já tiverem sido produzidas as provas determinantes. Inversamente, é possível antecipar a produção de provas para um momento processual anterior à atuação do juiz, à moda dos países de língua inglesa, onde os processos judiciais contam com uma fase chamada *discovery*, estranha ao sistema brasileiro. Trata-se de uma etapa em que as partes trocam entre si as provas que pretendem produzir em juízo. Os Estados Unidos são um exemplo de país de *common law* e são boa referência para quem pretende aumentar o índice de autocomposição: estudos indicam que lá apenas 4% das ações ajuizadas vão a julgamento (OSTROM e KAUDER *apud* POSNER, 2007). Em uma intervenção menos ambiciosa, poderia passar a ser exigido que o autor informe já na petição inicial todas as provas que pretende produzir (inclusive a lista de testemunhas).

Infelizmente, a tendência atual do direito processual civil brasileiro vai na contramão do que os dados aqui levantados indicam como o melhor caminho. De um lado, como aponta Wolkart (2019, p. 360), por mais que a lei processual positiva já exija a especificação de provas ao se apresentar a petição inicial, esse requisito foi abrandado pela jurisprudência, passando-se a admitir (*contra legem*, para Wolkart [2019]) o chamado protesto genérico de provas, postergando-se a efetiva especificação para a posterior fase de saneamento. De outro lado, o momento da tentativa de conciliação judicial das partes vem sendo sucessivamente antecipado no processo pelo legislador, sendo agora posto preferencialmente antes que o autor tenha tido contato com a resposta do réu, que traz informações valiosas e poderia ser útil para corrigir o excesso de otimismo do litigante. A intenção do legislador era evitar um acirramento das emoções do autor, supostamente provocado pela leitura da contestação, que dificultaria a obtenção de acordo; mas os dados aqui encontrados sugerem que essa opção do legislador, fundada em uma concepção das partes como seres mais emocionais do que racionais, pode ter sido contraproducente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Seria a litigância uma questão de cultura? *Jota*, 14 mar. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/seria-a-litigancia-uma-questao-de-cultura-12032017>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2017* (ano-base 2016). Brasília, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei n. 5.869, de 1973). *Parecer ao Projeto de Lei n. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei n. 5.869, de 1973)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAMBI, Eduardo. Art. 334. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GALDINO, Flávio. Introdução à análise econômica do processo civil: os métodos alternativos de solução de controvérsias. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 169-201, 2005.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de conciliação *versus* audiência preliminar: a opção pela primeira e as consequências da eliminação da segunda no projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC). *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, jan./mar. 2014.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia

Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

OSTROM, Brian; KAUDER, Neil. *Examining the Work of State Courts*, 1994. Williamsburg: National Center for State Courts, 1996.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007.

REIS, Hugo Freitas. *A aplicação do novo CPC em números: taxa de observância entre os juízes do TJMG e taxa de interesse das partes em audiência de conciliação*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2017.

SILVA, Fernando César Nimer Moreira da. Conciliação cível em primeira instância em São Paulo: perspectiva da análise econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 65-94, jan./jun. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAIS, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

REIS, Hugo Freitas; LARA, Fabiano Teodoro. Um estudo empírico dos fatores preditivos da autocomposição. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2221. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202221>

Hugo Freitas Reis

MESTRANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG).

hugofreitasreis@gmail.com

Fabiano Teodoro Lara

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS
GERAIS (UFMG). PROFESSOR ASSOCIADO DO DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG.

fabiano@fabianolara.com.br

Autoafirmação racial de jovens negras no projeto Abaetê Criolo: caminhos para a equidade de gênero e de raça em contextos interseccionais a partir da Lei n. 10.639/2003

RACIAL SELF-AFFIRMATION OF BLACK YOUNG PEOPLE FROM LAW N. 10.639/2003: PATHWAYS TO GENDER AND RACE EQUITY IN INTERSECTIONAL CONTEXT

David Barbosa de Oliveira¹ e Thalita Terto Costa²

Resumo

Esta pesquisa possui como objeto o projeto Abaetê Criolo, grupo escolar que trabalha com atividades artísticas e estudo e pesquisa das temáticas antirracistas e de respeito à diversidade cultural na periferia de Fortaleza, nordeste do Brasil. Objetivou-se investigar como as alunas participantes do projeto manifestam suas identidades raciais, bem como a contribuição do Abaetê Criolo no processo de formação e autoafirmação de suas identidades. Para alcançarmos esses objetivos, o método utilizado foi a Análise de Discurso Crítica (ADC) de entrevistas de alunas participantes do projeto. Concluímos que, ao final de quatro anos de ações do grupo, formou-se e fortaleceu-se a efetividade da Lei n. 10.639/2003, fomentando a construção da identidade racial de jovens negras.

Palavras-chave

Lei n. 10.639/2003; identidade; mulher negra; interseccionalidade; igualdade.

Abstract

This research has as its object the Abaetê Criolo project, a school group that works with artistic activities and study and research on anti-racist themes and respect for cultural diversity on the outskirts of Fortaleza, northeast of Brazil. The objective was to investigate how the students participating in the project manifest their racial identities, as well as the contribution of Abaetê Criolo in the process of forming and self-affirming their identities. To achieve these objectives, the method used was Critical Discourse Analysis (ADC) of interviews with students participating in the project. We concluded that, after four years of group actions, the construction and strengthened the effectiveness of law 10.639/03, promoting the construction of racial identity of young black women.

Keywords

Law 10.639/2003; identity; black woman; intersectionality; equality.

1 Universidade Federal do Ceará,
Fortaleza, Ceará, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-2461-2872>

2 Universidade Estadual do Ceará,
Fortaleza, Ceará, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-4929-5578>



INTRODUÇÃO

A Lei n. 10.639/2003, alterada pela Lei n. 11.645/2008, instituiu a obrigatoriedade no currículo oficial das escolas, nos estabelecimentos de ensinos fundamental e médio, oficiais e particulares, do ensino de história e cultura afro-brasileira. Segundo a Lei n. 10.639/2003, é obrigatório, no conteúdo programático dos ensinos fundamental e médio dos estabelecimentos de ensino particulares e públicos, “o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica, política e cultural, pertinente à História do Brasil” (BRASIL, 2003).

Com o objetivo de efetivar a Lei n. 10.639/2003, criou-se o projeto Abaetê Criolo na Escola de Ensino Fundamental e Médio (EEFM) Polivalente Modelo de Fortaleza, capital do estado do Ceará. O Abaetê Criolo iniciou suas atividades em 2015, é um grupo de dança e estudo que trabalha com atividades artísticas e o estudo e a pesquisa das temáticas antirracistas e de respeito à diversidade cultural. Neste artigo, iremos analisar as representações discursivas das interlocutoras em relação ao gênero atravessado pela raça, ou seja, a significação de ser uma mulher negra.

Entendendo que essa significação gera dados que envolvem abstrações e subjetividades, a pesquisa qualitativa se apresenta necessária à compreensão do problema investigado. Elencamos como objetivo geral realizar uma Análise de Discurso Crítica (ADC) de entrevistas de alunas participantes do projeto Abaetê Criolo e investigar como estas representam suas identidades. Buscamos também analisar a contribuição do projeto Abaetê Criolo para o processo de formação e autoafirmação das identidades raciais das alunas participantes; identificar como o contato com a aplicação da Lei n. 10.639/2003, por meio do projeto Abaetê Criolo, influenciou no discurso e no *modus vivendi* das alunas participantes do projeto; e avaliar os mecanismos discursivos de constituição das identidades das participantes da entrevista, que produzem sentidos outros, em resposta aos sentidos ditos tradicionais e naturalizados.

Para alcançarmos esses objetivos, o método utilizado foi a ADC, que concebe a linguagem como prática social e procura compreender como o emprego de formas linguísticas contribui para o estabelecimento, a sustentação e/ou transformações nas relações de poder. O campo de pesquisa foi a Escola de EEFM Polivalente Modelo de Fortaleza, localizada no bairro José Walter, periferia da capital cearense.

A comunidade escolar que compõe a citada escola é formada, majoritariamente, por pessoas que habitam esse espaço social. Ou seja, são estudantes, pais, professores e funcionários de um bairro periférico de Fortaleza que, assim como a maioria dos moradores de periferias, têm suas problemáticas advindas das situações de desigualdades e injustiças sociais. As interlocutoras desta pesquisa estão inseridas nesse contexto social.

Quanto à identidade racial, as entrevistadas se autoidentificam como negras. Foram integrantes do grupo Abaetê Criolo, são ex-alunas e concluíram o ensino médio no ano de 2017,

com 19 e 20 anos de idade. Os nomes apresentados na pesquisa são pseudônimos, a saber, Luiza e Ângela. A amostragem foi restrita a duas interlocutoras por se tratar da utilização da técnica de entrevista que possibilita a fala livre e considerar que, mesmo sendo reduzida, alcança uma representatividade do grupo maior estudado.

Freire (2011, p. 28) explica que “nas condições de verdadeira aprendizagem os educandos vão se transformando em reais sujeitos da construção e da reconstrução do saber ensinado, ao lado do educador, igualmente sujeito do processo”. Aqui podemos dizer que essa afirmação se fez verdadeira e se comprova nas experiências que podemos juntos vivenciar. O Abaetê Criolo fomentou um processo de reconhecimento, valorização e construção da identidade negra. É dessa experiência de participação no processo de construção de identidade que iremos tratar por meio da ADC de alunas participantes do grupo.

I. EDUCAÇÃO COMO RESISTÊNCIA NEGRA: ABAETÊ CRIOLO E A EFETIVAÇÃO DA LEI N. 10.639/2003

Dentro da discussão histórica de direitos fundamentais, o direito à educação é inscrito no contexto dos direitos sociais (BONAVIDES, 2005). Esses direitos têm como escopo a realização do princípio da igualdade e realizam-se na dependência da ação estatal, ou seja, necessitam, como direitos de segunda dimensão que são (GUERRA FILHO, 2005), de políticas públicas. O Estado, nessa dimensão, poderá atuar diretamente ou por meio de concessões (GRAU, 2018). Desse modo, para ser efetivado, o direito à educação necessita, direta ou indiretamente, da prestação estatal.

No Brasil Império, não se falava de direito à educação, mas a Constituição de 1824, em seu art. 179, XXXII, já assegurava “a Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos” (BRASIL, 1824), sendo evidente, contudo, que cidadão, nesse contexto, eram apenas os homens brancos. É certo que as demais constituições ampliaram o acesso à educação, à exceção da Constituição de 1937. Desse modo, o direito à educação, que estritamente integra o constitucionalismo brasileiro desde 1934, de acordo com Martins (2019), recebeu novo conteúdo e instrumentos de sua efetividade na Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988, conforme defende Martins (2018), é a matriz dos avanços sociais nas três últimas décadas. A partir de 1988, portanto, deu-se a devida atenção ao tema educacional espraiando por vários pontos o tema. Expressamente, o direito à educação se insere, entre direitos sociais (art. 6º), como direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205 e seguintes); no acesso ao ensino obrigatório e gratuito, como direito público subjetivo (art. 208, § 1º); e quando se assegura o direito à educação pela família, pela sociedade e pelo Estado, com absoluta prioridade à criança e ao adolescente (art. 227). É óbvio que essas normas atravessam inúmeras outras regras e princípios, pois é impensável realizar plenamente o direito à igualdade, à liberdade de expressão e de pensamento, bem como o desenvolvimento regional e a dignidade da pessoa humana sem o direito à educação.

A educação, nesse contexto, é uma dimensão fundante da cidadania, de acordo com Cury (2002), além de ser um elemento crucial para socialização e participação integral em uma economia capitalista. Entretanto, a educação formal tem desagregado e dificultado o sentimento de identificação por ter um sentido de exclusão que não consegue estabelecer uma relação entre o que é ensinado e as próprias experiências, como observa Souza (2008). Muitos alunos/as negros/as não se identificam como tal porque a negritude é constantemente silenciada ou relacionada a aspectos negativos, o que diminui sua autoestima e autoconfiança, uma vez que essas caracterizações vão sendo reproduzidas também na escola.

A escola, indubitavelmente, é um espaço de conflitos e construções sociais que envolve aspectos socioculturais, políticos, econômicos e raciais de diversidade ímpar, por isso é necessário que as intervenções práticas pedagógicas, de interesse para o currículo escolar, trabalhem contemplando os grupos oprimidos (LIMA, 2008). A ausência de políticas específicas para o negro no Brasil representa duas tendências correntes na cultura brasileira, conforme aponta Gomes (2018): a presença de uma visão universalista que pretende disfarçar o conflito racial por meio da existência da “democracia” racial/social (FREYRE, 2006) e a perspectiva eurocêntrica que se estabelece pela eliminação das representações afro-brasileiras e indígenas. A questão racial na escola, arremata Santomé (1995), reflete a relação entre currículo e culturas negadas e silenciadas.

O Direito, nas clivagens de raça, gênero e classe social, aponta para se observar sujeitos que eram invisibilizados, e isso é essencial, pois, como afirma Gomes (2018), para dar sentido ao Direito ou para definir seus “destinatários”, urge que se considere justamente quem são essas pessoas, levando o operador do Direito para longe do sujeito universal abstrato, como explica Douzinas (2009). Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por exemplo, garanta a aplicação dos direitos humanos sem distinção de gênero, no passado, segundo Crenshaw (2002), os direitos das mulheres foram implementados de maneira marginal em um regime que pressupõe como universais as referências do homem heterossexual branco. Interessa então, nessas clivagens, a pessoa real, pois, como aduz Moreira (2019), tem-se que se afastar da mitologia liberal da igualdade formal que desconsidera as características das pessoas. Assim, não basta tratar da mesma forma pessoas que pertençam à mesma classe, pois, dentro de uma classe, clivagens de raça e, como veremos mais à frente, de gênero também imprimem desigualdades.

Lutando por uma isonomia material, o movimento negro, já antes da constituinte de 1987, reivindicava que a criança negra, na escola, tivesse uma educação que possibilitasse a afirmação da sua identidade. Ante alguns estudos que revelavam as discrepâncias entre a trajetória de estudantes brancos e negros (HENRIQUES, 2001; SOARES e ALVES, 2003), era preciso que a prática pedagógica antirracista fosse contínua, um trabalho realizado durante todo o período letivo. Esse descompasso, conforme explica Souza (2008), é oriundo do eurocentrismo da nossa sociedade, que silencia sobre as características da formação social brasileira. Essa centralidade cultural e política de ensino, em que estão imbricadas as instituições,

dissemina estereótipos e ideologias que expressam formas próprias em torno do ato de educar e contribuem para que a escola cristalice ideias e práticas racistas e discriminatórias. Isso levou o Estado a reconhecer a importância de uma abordagem multicultural da educação e incluir na escola as temáticas de relações sociais. Para pensar uma educação nessa perspectiva, é preciso entender a escola, a um só tempo, como o local que estabelece uma relação de aproximação/afastamento da história e cultura negra.

A democracia, que, segundo Miguel (2017), deve ser entendida não como uma forma acabada de governo, mas como um projeto de enfrentamento das estruturas de dominação vigente, implica dissenso e não consenso. Daí, em vez da massificação das opiniões por meio da homogeneização dos grupos, existem sujeitos e particularismos politicamente relevantes, há uma ampliação do dissenso, há o pluralismo. Este é uma consequência lógica do regime democrático, pois um regime democrático deve gerir as reais e díspares correntes ideológicas, econômicas e políticas em curso na sociedade. No mesmo sentido, explica Häberle (2008, p. 110), “toda democracia, toda teoría social realista, así como toda teoría que se repute ‘científica’ (científica en cuanto a su proyección más realista en materia de derechos fundamentales), se encontrará necesariamente dentro del ámbito propio del ‘pluralismo’”.

Foi esse pluralismo social que possibilitou a organização do movimento negro em torno do currículo escolar. No movimento negro, bem como na democracia, há a participação de uma variedade imensa de opiniões que coabitam em um mesmo nicho. De acordo com Gonzales e Hasembaig (1982) e Gomes (2012a), o movimento negro tem ambiguidades, vive disputas internas e edifica consensos; é um ator coletivo, constituído por um conjunto variado de grupos e entidades políticas (e também culturais) distribuídos nas cinco regiões do país.

É possível dizer que, até a década de 1980, a luta do movimento negro, no que se refere ao acesso à educação, possuía um discurso mais universalista; porém, conforme explica Gomes (2012a), à medida que se foi constatando que as políticas públicas de educação, de caráter universal, ao serem implementadas, não atendiam a grande massa da população negra, o seu discurso e as suas reivindicações começaram a mudar. Foi nesse momento que as ações afirmativas emergiram como uma possibilidade e passaram a ser uma demanda real e radical, principalmente na modalidade de cotas. A sincronia entre o movimento democrático pulsante na sociedade no final dos anos 1980 e, segundo Santos (2015), a celebração do centenário da abolição que se avizinhava permitiu que o movimento negro utilizasse isso em favor de suas pautas. Segundo Gomes (2012b, p. 102), “os ditos excluídos começam a reagir de forma diferente: lançam mão de estratégias coletivas e individuais”. O movimento negro se organiza e vai à constituinte, como aponta Santos (2015), com demandas concretas para realização de sua cidadania. Assim, esses movimentos sociais imprimem a pluralidade social sobre o documento que vai reger suas vidas a partir de 1988. O Direito, então, aponta para se observar sujeitos que eram invisibilizados.

Vários movimentos ocorrem no país, no decorrer da década de 1990, ainda sobre o impulso plural da Constituinte de 1987, a favor da identidade, fazendo com que o poder

público federal passe a desenvolver iniciativas no âmbito das questões raciais. A Constituição de 1988, no que passou a assegurar regras e princípios que fomentam inclusão social, possibilitou que, à sua esteira, fossem publicados leis e decretos que almejavam afiançar isonomia à comunidade negra. O pluralismo social democrático levou ao paço atores desejosos de inclusão e de igualdade. Uma das alavancas nesse processo, em consonância com Almeida e Souza (2013), é creditada à Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida, em 20 de novembro de 1995, que reuniu cerca de dez mil negros e negras, em Brasília, reivindicando programas de ações para a superação do racismo no país. Para os historicamente impotentes, de acordo com Williams (1987), a concessão de direitos é símbolo dos aspectos de sua humanidade que são negados, tendo em vista que os direitos implicam um respeito que os localiza em uma categoria referencial de alteridade.

A partir dos anos 2000, a causa negra adquire mais força e os debates se intensificam dentro do governo federal. Com a preparação da participação do Brasil na III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), conforme Almeida e Souza (2013), em Durban, na África do Sul, em 2001, a temática racial ficou mais evidente na agenda nacional. No processo de preparação para a conferência foram produzidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) diagnósticos inéditos da situação da população negra referenciando a magnitude, agora em números oficiais, das desigualdades raciais no Brasil (JACCOUD, 2002; PEREIRA e SILVA, 2012).

Esse contexto demanda, segundo Gomes (2012b), uma renovação do imaginário pedagógico e da relação entre os sujeitos da educação, e uma nova trincheira a ser disputada: os currículos. Diante do cenário e de algumas conquistas resultantes dessas lutas, finalmente, em 2003, é promulgada a Lei n. 10.639. O movimento negro vinha há tempos reivindicando seus direitos no campo da educação. A Lei n. 10.639/2003, que altera a Lei n. 9.394/1996, incluiu, no currículo oficial das escolas, o ensino de história e cultura afro-brasileira. É evidente que as leis por si sós não erradicam essas idealizações das pessoas, porém a Lei n. 10.639/2003 carrega o mérito de mexer com o dinamismo da escola, fazendo com que os agentes da educação repensem suas práticas.

A Lei n. 10.639/2003, alterada pela Lei n. 11.645/2008, que instituiu a obrigatoriedade, nos estabelecimentos de ensinos fundamental e médio, oficiais e particulares, do ensino de história e cultura afro-brasileira, de acordo com Almeida e Sanchez (2017), questiona o currículo oficial, já que é por ele que se escolhem as prioridades do que ensinar ou não na escola. Dada a obrigatoriedade de frequência à educação básica no Brasil, o currículo é espaço de construção política de representações oficialmente aceitas.

Segundo a Lei n. 10.639/2003, é obrigatório, no conteúdo programático, “o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil”. Afirma, ainda, essa lei que “os

conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileira”. Com a lei, a cultura negra deixa então de ser tratada como algo pontual e festivo e passa a ser uma questão de política e direito educacional.

A Lei n. 10.639/2003 surge da necessidade de divulgação e valorização do legado africano presente no país desde o século XVI, a fim de ampliar o ínfimo conhecimento que possuímos dessa cultura e lançar um novo olhar para a história africana e afro-brasileira e a sua participação na formação da sociedade brasileira. A inclusão dessas questões nos conteúdos escolares proporciona uma mudança positiva para a comunidade escolar, possibilita meios de identificação racial ao alunado negro e propicia que os demais alunos aprendam a conviver e respeitar as diversidades raciais (PEREIRA e SILVA, 2012). A riqueza do ambiente escolar no desenvolvimento do respeito às diversidades ressalta, como sustenta Munanga (2005), a educação como ferramenta que possibilita o questionamento e a desconstrução das hierarquias identitárias entre os grupos humanos. A Lei n. 10.639/2003, desse modo, serve de sustentáculo para políticas públicas que viabilizem a ruptura com estereótipos e homogeneizações, e permite, como defende Gonzalez (2019), que na prática a identidade possa ser construída, reconstruída, desconstruída, em um processo dialético.

A Lei n. 10.639/2003, conforme explica Barros e Albrecht (2019, p. 19), abre “nova porta para a sociedade inteira reavaliar as bases da fundação do Brasil como entidade histórica nos tempos modernos, e reconsiderar as relações étnico-raciais nele travadas”. Para Gusmão (2013), a lei é mais que uma ação no universo escolar, atingindo, na realidade, a dimensão dos direitos humanos e o papel da educação nesse processo. A lei, ainda que tenha sido uma conquista do movimento negro, é um marco para a educação que representa um trabalho a favor de todos os brasileiros e brasileiras.

Nesse contexto e com o objetivo de possibilitar a efetivação da Lei n. 10.639/2003, surge, em 2015, o projeto Abaetê Criolo, um grupo de dança, de estudo e de pesquisa que trabalha com atividades artísticas nas temáticas antirracistas e de respeito à diversidade cultural na EEFM Polivalente Modelo de Fortaleza. O grupo nasceu da necessidade de reunir alunas e alunos que não se identificavam com as práticas esportivas, porém ansiavam por práticas corporais diferenciadas. O projeto, ante a inexistência de política pública específica, tem por escopo, por meio da dança, do estudo e da pesquisa, efetivar a Lei n. 10.639/2003.

2. INTERSECCIONALIDADE DO FEMININO NEGRO

A teoria política feminista tem como ponto de partida a desigualdade de gênero e é considerada uma corrente plural e diversificada. Segundo Miguel e Biroli (2014), há o entendimento de que as relações de gênero perpassam a sociedade como um todo, repercutindo não somente junto às mulheres, haja vista que o gênero estrutura as experiências no mundo social. A premissa inicial do movimento feminista foi a busca por cidadania equânime entre mulheres e

homens, contudo, isso implicava não só a igualdade perante a lei, mas sobretudo a reivindicação de reais condições para a existência dessa isonomia, bem como o questionamento das hierarquias sociais e do modo como as instituições funcionam.

Para hooks¹ (2000), o feminismo é um movimento que pretende extinguir o sexismo, a exploração e a opressão sexista, visto que as ações e os pensamentos sexistas é que são o problema, disseminados seja por homem, mulher, criança, idoso, etc. Contudo, à medida que o feminismo se desenvolveu, seu enfoque foi direcionado para o esforço de criar justiça de gênero. Crenshaw (2012, p. 89) explica que as experiências das mulheres negras “son frecuentemente el producto de la intersección de los patrones racistas y sexistas, de modo que ni feminismo ni el antirracismo incluyen estas experiencias”. Por isso que, para Gonzalez (1984), o lugar da mulher negra na sociedade deve ser compreendido não dando prioridade à luta de classes, mas articulando-a com o racismo e o sexismo. Assim, o feminismo negro contribuiu com a compreensão das estratégias de reprodução das desigualdades sociais, pois possibilitou entender que a igualdade de gênero não pode corresponder ao silenciamento das mulheres quanto às desvantagens decorrentes das suas posições de classe e raça.

Nicholson (2000) entende que algumas análises distorcem as experiências de opressões das mulheres negras, dado que negligenciam os contextos sociais de mulheres negras e brancas e suas experiências com o sexismo. Crenshaw (2012) ressalta a importância das políticas identitárias para mulheres, mas destaca que elas são problemáticas quando ignoram as distinções intragrupais, visto que, em contextos de violência, omissões no trato dessas diferenças não observam “otras dimensiones de sus identidades, como son la raza o la clase” (CRENSHAW, 2012, p. 88). Inclusive é importante ressaltar que, no sentido de apreensão de consciência crítica, Gonzalez (2011) compreende que a conscientização da opressão, no caso da população negra, ocorre a princípio pela raça e não pelo gênero. A identidade negra, como explica Gomes (2003), é apenas uma das identidades da mulher negra.

A questão é reconhecer, de acordo com Crenshaw (2004, p. 8), que “as experiências das mulheres negras não podem ser enquadradas separadamente nas categorias da discriminação racial ou da discriminação de gênero”. É por isso que hooks (2015), por exemplo, chama a atenção para o fato de que o discurso feminista das mulheres brancas, hegemônico atualmente, reflete preconceitos de raça e classe. Daí, de acordo com Miguel e Biroli (2014), o feminismo negro denunciar, em certa medida, o racismo existente no movimento feminista e a invisibilidade das condições das mulheres não privilegiadas. Para Ribeiro (2018), a situação das mulheres negras era totalmente diferente da das brancas, pois, enquanto as brancas

...

1 “bell hooks” é o pseudônimo de Glória Jean Watkin. É grafado em minúsculo por escolha da própria autora. A justificativa é o interesse de Watkin em dar mais atenção ao conteúdo desenvolvido em suas obras do que à sua pessoa.

litigavam pelo sufrágio ou pelo direito ao trabalho, as negras lutavam para serem consideradas seres humanos. O escopo do feminismo negro, dessa maneira, é desvelar que, em uma sociedade machista e racista, a mulher negra é submetida a opressões que não atingem igualmente as mulheres brancas ou os homens negros.

Já em 1969, Davis afirmava que qualquer debate social precisa pensar o lugar da mulher negra, situando-a como sujeito histórico dentro das categorias gênero e raça. Daí a necessidade do conceito de interseccionalidade, pois, segundo Oliveira e Costa (2020), é imperioso tanto entender que as opressões produzem padrões de subordinação e de violências físicas e simbólicas que devem ser compreendidas em suas singularidades quanto perceber, segundo Crenshaw (2012), que as estratégias de intervenção estatal devem responder a essas interseccionalidades. A interseccionalidade busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação, tratando “especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras”, conforme sustenta Crenshaw (2002, p. 177). Qualquer política que não observe essas singularidades será de utilidade limitada, de efeitos restritos e potencializará os efeitos de uma “colorblind intersectionality” (CARBADO, 2019), ou seja, invisibilizará essas discriminações de cargas múltiplas.

Feministas negras cunharam o conceito de interseccionalidade, segundo Akotirene (2019), a partir de experiências e reivindicações que não eram observadas pelo movimento feminista original, tampouco pelo movimento negro antirracista. A garantia de que todas as mulheres sejam beneficiadas, por exemplo, pela ampliação da proteção dos direitos humanos baseados no gênero exige, conforme expõe Crenshaw (2002), que se dê atenção aos distintos modos pelos quais o “gênero intersecta-se com uma gama de outras identidades e ao modo pelo qual essas interseções contribuem para a vulnerabilidade particular de diferentes grupos de mulheres” (CRENSHAW, 2002, p. 174). A interseccionalidade joga luz sobre os limites do feminismo e do movimento negro ante as demandas das mulheres negras, haja vista que o primeiro reproduz o racismo, e o outro é centrado nas experiências do homem negro.

O conceito de interseccionalidade, como explica Oliveira e Costa (2020, p. 221), “busca dar instrumentalidade teórico-metodológica à indissociabilidade das estruturas do racismo, capitalismo e heteropatriarcado”. A interseccionalidade evidencia que há dimensões, nas condições de subordinação e marginalização sociocultural, que são desveladas quando elementos inicialmente isolados são combinados e vistos de forma simultânea (MEDEIROS, 2019). Assim, aumenta-se a complexidade da observação ao analisar temas como raça, gênero e classe, o que impede leituras superficiais sobre dominação e subordinação, bem como evita análises em que essas “avenidas identitárias” sejam percebidas apenas como aditivas das formas de opressão. Nos sistemas das relações de poder, são produzidos lugares sociais diferenciados para indivíduos e grupos que estão dentro deles.

Nesse caso, as mulheres negras trazem consigo identidades desempoderadas que as situam em desigualdades sociais distintas das que são experimentadas por pessoas brancas, segundo Collins (2017). Para as mulheres negras, existe a peculiaridade de estarem em uma encruzilhada de opressões, de acordo com Oliveira e Costa (2020, p. 222), “pois sofrem racismo como o homem negro e o machismo como a mulher branca”. As mulheres brancas e os homens negros lideram ações de libertação que favorecem seus interesses, contudo, ao mesmo tempo, podem ser opressores ou oprimidos de outros grupos sociais. Isso se observa também quando não se realizam políticas públicas específicas para mulheres negras, pois, de acordo com Crenshaw (2012, p. 98), ao “dividir las energías políticas en dos agendas políticas, agendas que a menudo son opuestas, se produce un desempoderamiento interseccional”, o qual o homem negro e a mulher branca não têm que enfrentar. Daí, explica Berth (2018) que, ante esse estado de coisas, a mulher negra são as *sisters outsiders*, ou seja, situam-se no “não lugar”.

Entretanto, essa percepção sobre as opressões que acometem a mulher negra não é compreendida por todas as mulheres negras, sobretudo pelas mulheres negras jovens. A falta de acesso às temáticas racistas nos mais distintos espaços sociais faz com que, muitas vezes, jovens negras não identifiquem situações de preconceito. Daí Moreira (2019) afirmar que a igualdade no mundo atual deve estar preocupada com relações sociais igualitárias, já que a própria sociedade cria mecanismos de marginalização que perpetuam uma situação permanente de subordinação de minorias sociais. O Abaetê Criolo, nesse contexto, apresenta-se como uma ação feminista negra com o propósito de ser um corpo político dentro da escola que reclama a efetivação da Lei n. 10.639/2003 para atuar no fortalecimento da identidade racial da juventude escolar.

3. IDENTIDADE E AUTOAFIRMAÇÃO RACIAL DE JOVENS NEGRAS: CAMINHOS PARA EQUIDADE DE GÊNERO E RAÇA

Segundo Silva (2014), os discursos são resultado das diferentes experiências e perspectivas de mundo das pessoas, dos seus contextos sociais, das diversas relações constituídas e do lugar em que estão posicionadas. Gomes (2003, p. 172) questiona se, no contexto escolar, os educadores refletem sobre “as representações construídas em nossa sociedade sobre o negro, sua estética, sua ascendência africana e as formas como estas se misturam com situações de racismo, discriminação e preconceito racial”. É considerando isso que serão analisados os relatos de duas participantes do grupo Abaetê Criolo, Luiza e Ângela, procurando estabelecer relação com a construção de suas identidades como mulheres negras e a contribuição do grupo no processo de construção de autoidentificação e equidade.

Munanga (2012) explica que, para estudarmos identidade negra, devemos entender que esta perpassa, necessária e absolutamente, pela negritude como categoria sócio-histórica e pela posição social dos negros e das negras em um universo racista. Ao ser questionada sobre

o que significava ser uma pessoa negra, por exemplo, Luiza, uma das entrevistadas que participou do projeto Abaetê Criolo, afirma:

Pesado... [a pergunta]. Caramba [pausa]. Isso é pesado [...] É... é uma dificuldade, né, porque a gente, a gente sabe muito bem a desigualdade e tal, quando a gente se reconhece como uma pessoa negra, principalmente no Brasil a gente sabe por tudo que a gente vai passar, toda a luta que a gente tem que... assim né, a gente tem que lutar muito mais do que as outras pessoas, a gente tem que fazer muito mais do que as outras pessoas, a gente sabe que... qual a posição que a gente tá, que é lá embaixo. É isso.

Luiza fala “a gente tem que fazer muito mais do que as outras pessoas”. A interlocutora entende que, fazendo parte de uma população que historicamente sofre diversas formas de opressão, será preciso desenvolver mecanismos para superar o confinamento social de subalternidade ao qual, como pessoa negra, é submetida. A entrevistada não usa uma linguagem individualizada, utiliza a expressão “a gente” para exprimir seus pensamentos, assumindo uma identidade coletiva, no caso, a identidade negra.

Por não se tratar de uma categoria natural, mas sim social, a raça pode passar por mudança e negociação. Entretanto, o trecho da fala de Luiza “a gente sabe que... qual a posição que a gente tá, que é lá embaixo” emite a crença de identidades essencializadoras, que implica a existência de identidades estáticas, o que contraria Silva (2000) e Munanga (2012), que informam que as identidades não são naturais, não são essências, são criações sociais e culturais, e que, portanto, podem ser transformadas.

Nossa interlocutora vai ao encontro do pensamento de Oliveira (2017), que afirma que, apesar de as identidades serem culturais, resultado de sistemas simbólicos e discursivos, e, por isso, poderem passar por mudança e negociação, no Brasil o grupo racial branco permanece ocupando espaço de referência. A branquidade é assumida como natural e raramente é problematizada. Daí surge a concepção que o trecho demonstra sobre a incapacidade de mover-se e a permanência nesse local social.

Essas ideias corroboram as posições de Silva (2000) ao expor que a raça é uma categoria aplicada a pessoas não brancas. As pessoas brancas são dispostas como centro, como norma, e dessa forma o poder é tratado como uma extensão da sua branquidade. De fato, no Brasil, conforme Guimarães (2003) explica, as raças foram durante muito tempo uma categoria de posição social. As pessoas escravizadas foram chamadas de africanas e negras, duas identidades criadas na sociedade escravocrata em que a pessoa negra tinha seu espaço, e esse espaço era o de escravidão. A raça foi um dispositivo importante que dava sentido à vida social, pois alocava as pessoas em posições sociais. Na verdade, como demonstra o relato da nossa interlocutora, esse dispositivo continua a designar essas posições.

No seu relato sobre ser uma pessoa negra, Luiza realiza uma pequena pausa em sua resposta e, como que a refletir sobre o que disse, passa a apontar aspectos positivos sobre a negritude:

Ser negro é difícil, no Brasil principalmente, mas também não tem só suas desvantagens porque a gente sabe que é uma cultura maravilhosa e também sabemos que ela foi a que mais fez parte aqui para o crescimento do país, mesmo eles não admitindo, mas também não é só coisa ruim, também tem muitas coisas boas e que a gente não vê... porque não é falado sobre isso também.

Encontramos a utilização da expressão “mesmo eles não admitindo”; o pronome “eles” referencia que Luiza reconhece que existe um antagonismo entre o seu grupo social, população negra, e outro grupo que não admite os feitos realizados por aquele. Verifica-se a referência à diferença, ao outro, ao que eu não sou, portanto “eles”. Isso também vai ao encontro das explicações de Silva (2000) quando elucida sobre os vetores de força que existem nas relações de poder que geram divisões entre “nós” e “eles”. Nessa classificação, inevitavelmente, teremos hierarquizações que irão privilegiar a identidade que é tida como norma.

Oliveira (2017) alude que, após o regime escravista e toda a desumanização sofrida pela população negra que demarcou o lugar do negro na sociedade, a negação do pertencimento racial negro passa a ser um elemento de afirmação social. Romper com a imagem inferior foi e continua sendo uma tarefa política que demanda contestação para criar possibilidades para emancipação do negro. Nesse contexto, definir-se como negro é uma atitude transgressora que põe em xeque a normatividade vigente. Assumir-se negro, no Brasil, é um processo difícil e, por vezes, doloroso, tendo em vista que os padrões estabelecidos e vistos como positivos são o branco. Se nos remetermos ao início do primeiro relato de Luiza quando responde “Pesado”, “Caramba”, percebemos esse processo. As expressões utilizadas manifestam uma sensação de incômodo, de peso, de algo doloroso que está intrínseco e que é difícil de ser externalizado. Esse comportamento reflete uma identidade que já foi submetida a processos dolorosos de relações sociais devido ao seu pertencimento racial. A concretização da equidade desse conjunto da população passa por assumir suas características e valorizá-las.

Sobre o significado pessoal de ser uma pessoa negra, no processo de empoderamento, analisemos a fala de Ângela, a nossa segunda interlocutora que participou do projeto Abaetê Criolo:

Ser uma pessoa negra hoje em dia... é muito bom, eu acho que é o meu diferencial que também está na minha identidade, é o meu diferencial, é o meu... (pausa) Ser uma pessoa negra no Brasil é ser batalhadora, é passar por dificuldades, é ser resistente, porque carrega muita resistência só em ser negro no Brasil, e é assim.

Ângela não coloca em sua fala o incômodo inicial demonstrado por Luiza. Apesar de também citar as dificuldades e as batalhas que precisam ser encaradas, trata o tema com mais leveza, demonstrando, inclusive, orgulho de sua negritude: “[...] é muito bom”, “é o meu diferencial”. O uso do adjetivo “diferencial” revela que Ângela considera que sua identidade

se destaca entre outra posicionada como padrão e que essa qualidade, de alguma forma, a torna importante no seu contexto social. Isso denota um movimento para a equidade de gênero e raça, pois, para Berth (2018), o empoderamento é um instrumento de emancipação política e social em que ocorre um processo de simbiose entre o indivíduo e o coletivo, no qual as minorias sociais são capazes de desenvolver estratégias para romper com a posição de subalternidade, por meio da supressão das estruturas opressoras.

A locução adverbial “hoje em dia” pode estar expressando que esse sentido de importância é um sentimento que não existia antes, mas que está presente atualmente em sua vida, e indica um caminho para a passagem da identidade de resistência para uma identidade projeto. A utilização dos pronomes “mim”, “meu”, “minha” e do processo mental “eu acho que é o meu diferencial”, manifesta, respectivamente, uma representação ativa de si e um sentimento de satisfação por sua “diferença”. Apesar de colocar sua fala em uma dimensão individual, o processo relacional “é” faz uma associação entre “ser uma pessoa negra” e “ser batalhadora”, “passar por dificuldades”, “ser resistente”, o que revela que Ângela se posiciona dentro da coletividade negra que está sujeita a precisar transpor desafios semelhantes. Mesmo apontando e entendendo a situação difícil, sua fala não demonstra peso ou sensação de inadequação, como se encontrasse força na resistência e no orgulho de sua identidade.

A fala de Ângela demonstra que ela sabe das condições históricas e individuais que a atingiam por ser negra, mas com um posicionamento de equidade e amor-próprio. Ao responder à pergunta sobre essa autoidentificação, temos como resposta:

Hoje significa muito mais do que há dois anos atrás, por exemplo, quando eu me olhava no espelho e eu não me via como negra, e eu não gostava do meu nariz, e eu não gostava da minha boca, não gostava, principalmente, do meu cabelo. Hoje em dia eu, depois do projeto [Abaetê Criolo] principalmente, a autodefinição... hoje eu me olho no espelho e eu gosto do que eu vejo, eu me identifico como negra e depois que eu me identifiquei como negra que eu vi mais beleza em mim, eu acho que a autodefinição, a autodescoberta né, foi o ponto principal no que eu sou hoje, foi assim... É libertador, é bom. [...] Depois que eu entrei no Abaetê Criolo, que eu tive experiência com outras meninas que passaram pela mesma coisa que eu passei, e que eu já me autodefinia, que eu já gostava do que eu via, que eu me considerava como negra, eu via que elas precisavam desse apoio, que elas precisavam de um apoio moral, que elas precisavam de uma referência... e estar em contato com quem ainda não se identifica, com quem ainda não se reconhece, ajuda, elas precisam disso, é coletivo, a gente precisa disso, a gente precisa se unir... o que eu quero de bom pra mim eu quero para as outras pessoas, e a partir do momento que eu vi que eu estava melhor, depois que eu me autodefini, senti necessidade também de mostrar isso para as pessoas, de elas também se autodefinirem. [...] Em relação a tudo, acho que socialmente também, quando a gente se reprime, quando a gente é reprimido fica... É totalmente diferente, antes eu não... Acho que eu

não tinha nenhum... Poder não, é uma... Como se diz... Na sociedade, eu nunca fazia nada, era como se eu não vivesse, hoje em dia eu estou mais empoderada, eu estou colocando os meus direitos.

Existem alguns pontos que merecem ser destacados: “[...] eu não me via como negra, e eu não gostava do meu nariz, e eu não gostava da minha boca, não gostava, principalmente, do meu cabelo”. O entendimento da simbologia do corpo negro e dos sentidos da manipulação de suas diferentes partes, entre elas o cabelo, de acordo com Gomes (2003, p. 174), “pode ser um dos caminhos para a compreensão da identidade negra em nossa sociedade”. Ainda de acordo com a autora, “o cabelo tem sido um dos principais símbolos utilizados nesse processo, pois desde a escravidão tem sido usado como um dos elementos definidores do lugar do sujeito dentro do sistema de classificação racial brasileiro” (GOMES, 2002, p. 43). Segundo Berth (2018), o cabelo é o primeiro elemento que implica, sobretudo para as mulheres negras, o orgulho necessário para iniciar um processo de empoderamento. Porém, é importante também a aceitação de outros traços fenotípicos do rosto, corpo, além da cor da pele. Isso porque esses traços trazem as informações das origens africanas que também são constantemente alvo de depreciação. Então, quando Ângela, após um processo de “autodescoberta” que envolve ter tido a “experiência com outras meninas que passaram pela mesma coisa”, olha-se e afirma “eu gosto do que eu vejo, eu me identifico como negra”, devemos sim considerar essa reafirmação da beleza uma atitude de resistência. O processo mental “eu não gosto” redirecionado para o “eu gosto” carrega sentimentos que saíram da sensação de repúdio para a valorização de características próprias da população negra.

Gomes (2002, p. 42-43) atesta que “o olhar sobre o corpo negro na escola nos leva a considerar como professores/as e alunos/as negros e brancos lidam com dois elementos construídos culturalmente na sociedade brasileira como definidores do pertencimento étnico/racial dos sujeitos: a cor da pele e o cabelo”. Daí ser importante ressaltar a contribuição do projeto Abaetê Criolo no processo de Ângela, pois ela o coloca como um marco que desencadeou essas mudanças de perspectivas, vindo a concluir, a partir de sua experiência no grupo, que, assim como ela teve um apoio, outras meninas também irão precisar desse suporte. Isso remete a hooks (2015), que diz que, em sua vida, não conheceu mulheres negras que não estivessem juntas, ajudando, protegendo e amando-se mutuamente.

A interlocutora apresenta uma agência e se coloca como alguém que pode fornecer o apoio para a coletividade. O processo mental “o que eu quero de bom pra mim eu quero para as outras pessoas” sugere marcas de reflexividade que, segundo Silva (2014), estão relacionadas à capacidade de reflexão sobre suas práticas e seu contexto social, desenvolvendo um reposicionamento, pois a reflexão pode levar à mudança. O desejo de querer o bem para outras pessoas estimula comportamentos de ação no mundo social. O trecho “é coletivo, a gente precisa disso, a gente precisa se unir” traz uma importante marca de construção da identidade projeto (CASTELLS, 2006).

Podemos mostrar pela análise das falas tanto de Luiza quanto de Ângela que a estética é uma questão crucial para o percurso de autoidentificação, sobretudo para mulheres negras. Porém, o prosseguimento na formação da identidade negra não se esgota nesse aspecto, podendo vir a iniciar um processo subjetivo de equidade e, por conseguinte, de superação dos estigmas infligidos por uma sociedade racista. Quando Ângela realiza a fala que, para os pesquisadores, é a mais marcante entre todas as sessões das entrevistas, “Na sociedade, eu nunca fazia nada, era como se eu não vivesse, hoje em dia eu estou mais empoderada, eu estou colocando os meus direitos”, manifesta, principalmente pelo processo material “estou colocando”, que aprendeu o sentido de empoderamento, pois passou do nível inicial de se tornar consciente de sua situação de opressão e avançou para “colocar” os seus direitos. Por todo o contexto explicitado, entendemos que a expressão utilizada significa dizer que ela está na luta de, coletivamente, cobrar o que lhe é de direito, de se posicionar no mundo, de estar em uma posição de equidade. “É libertador”.

CONCLUSÃO

A escola é um local que reproduz o racismo que existe na sociedade; entretanto, é, ao mesmo tempo, local privilegiado para ações antirracistas. A Lei n. 10.639/2003 é uma política focal ante as políticas estruturantes do sistema de ensino e apresenta-se como tentativa de garantir uma educação que respeite e valorize a multiplicidade étnica e racial, o que irá refletir na garantia de acesso e permanência da população negra nos espaços escolares e no combate às práticas racistas. Apesar de sabermos que as leis não são capazes por si sós de erradicar das pessoas pensamentos internalizados provenientes dos sistemas sociais que os edificaram, a educação tem o potencial de questionar e desconstruir os mitos sobre superioridade e inferioridade introjetados pela cultura racista em que fomos socializados. A lei faz com que os atores escolares repensem suas práticas.

Nesse cenário, o grupo Abaetê Criolo se configura como uma experiência e um projeto escolar que, no contexto sociocultural da escola em que foi realizado, buscou garantir a efetivação da Lei n. 10.639/2003, que possibilita a construção de equidades de gênero e raça dentro da interseccionalidade de jovens negras. Ao final de quatro anos de ações do grupo, percebemos que conseguimos formar um corpo político que atuou diretamente na formação e no fortalecimento de vários aspectos referentes às lutas negras, principalmente no que se refere à construção da identidade racial das alunas participantes do projeto. Por meio da análise de discurso realizada com as integrantes do grupo, podemos concluir que o Abaetê Criolo participou de um processo que motivou mudanças em suas percepções identitárias e no *modus vivendi* das interlocutoras.

Nesse contexto, de lutas e de resistências plurais, o grupo Abaetê Criolo irrompe como um local de resistência feminista negra, enfrentando as rejeições do sistema racista, rompendo com o silêncio de vozes abafadas, participando da construção dessa identidade racial

e fazendo ecoar a arte negra no espaço escolar periférico. As integrantes, por meio de seus relatos, mostraram que estão buscando redefinir suas posições na sociedade, o que, consequentemente, inicia um processo de transformação social que caracteriza uma identidade projeto e corrobora com Ribeiro (2018) ao afirmar que pensar feminismo negro seria pensar em projetos políticos de emancipação e democráticos. Concluímos que o fortalecimento da identidade e da autoafirmação é uma chave estratégica na construção de equidade em contextos interseccionais. Por tudo isso, entendemos a experiência do Abaetê Criolo como um potente instrumento de luta para fortalecer o feminismo negro e, portanto, as lutas emancipatórias e democráticas.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019.

ALMEIDA, Marco Antonio Bettine de; SANCHEZ, Livia Pizauro. Implementação da Lei 10.639/2003 – competências, habilidades e pesquisas para a transformação social. *Pro-Posições*, Campinas, v. 28, n. 1, p. 55-80, 2017.

ALMEIDA, Viritiana Aparecida de; SOUZA, Nelson Rosário de. Trajetória dos argumentos sobre as ações afirmativas: da Marcha Zumbi dos palmares à conferência de Durban. *Sociologias Plurais*, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 271-290, ago. 2013.

BARROS, Bruno Mello Correa de; ALBRECHT, Rita Mara. A discriminação racial no Brasil e a ascensão do povo negro: um olhar a partir dos princípios constitucionais na luta pela cidadania inclusiva. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 14-33, 2019.

BERTH, Joice. *O que é empoderamento?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. *Lei n. 10.639, de 9 de janeiro de 2003*. Altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.639.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

CANDAU, Vera Maria. Multiculturalismo e educação: desafios para a prática pedagógica. In: CANDAU, Vera Maria; MOREIRA, Antônio Flávio (org.). *Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 13-37.

CARBADO, Devon. Colorblind Intersectionality. In: CRENSHAW, Kimberlé *et al.* (org.). *Seeing Race Again: Countering Colorblindness across the Disciplines*. Califórnia: University of California Press, 2019. p. 200-223.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução Klauss B. Gerhardt. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

COLLINS, Patricia Hill. Se perdeu na tradução? Feminismo negro, interseccionalidade e política emancipatória. *Parágrafo*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 6-17, jan./jun. 2017.

CRENSHAW, Kimberlé. Cartografiando los márgenes: interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color. In: PLATERO, Raquel (Lucas) (org.). *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*. Barcelona: Bellaterra, 2012. p. 87-122.

CRENSHAW, Kimberlé. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. *Cruzamento: raça e gênero*. Brasília: Unifem, 2004. p. 7-16.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. *Estudos Feministas*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 171-188, jan. 2002.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. *Cadernos de Pesquisa*, [s.l.], n. 116, p. 245-262, jul. 2002.

DAVIS, Angela. *Palestras sobre libertação*. Transcrição da aula inaugural do curso de filosofia moderna na Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA – EUA) em 1969. Disponível em: <http://rapefilosofia.blogspot.com/2015/07/texto-completo-de-angela-davis.html>. Acesso em: 15 maio 2020.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.

GOMES, Camilla de Magalhães. Constituição e feminismo entre gênero, raça e direito: das possibilidades de uma hermenêutica constitucional antiessencialista e decolonial. *História: Debates e Tendências*, [s.l.], v. 18, n. 3, p. 343-365, set./dez. 2018.

GOMES, Nilma Lino. Movimento negro e educação: ressignificando e politizando a raça. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 33, n. 120, p. 727-744, 2012a.

GOMES, Nilma Lino. Relações étnico-raciais, educação e descolonização dos currículos. *Currículo sem Fronteiras*, [s.l.], v. 12, n. 1, p. 98-109, jan./abr. 2012b.

GOMES, Nilma Lino. Educação, identidade negra e formação de professores/as: um olhar sobre o corpo negro e o cabelo crespo. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 167-182, jan./jun. 2003.

GOMES, Nilma Lino. Trajetórias escolares, corpo negro e cabelo crespo: reprodução dos estereótipos ou ressignificação cultural. *Revista Brasileira de Educação*, [s.l.], n. 21, p. 40-51, set./out./nov./dez. 2002.

GONZALEZ, Lélia. A democracia racial: uma militância. Entrevista à Revista Seaf. *Arte & Ensaios*, [s.l.], n. 38, jul. 2019.

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano. *Caderno de Formação Política do Círculo Palmarino*, n. 1, Batalha de Ideias. Brasil, 2011.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. In: SILVA, Luiz Antônio Machado *et al.* *Movimentos sociais urbanos, minorias étnicas e outros estudos*. Brasília: Anpocs, 1984.

GONZALEZ, Lélia; HASEMBALG, Carlos. *Lugar de negro*. Rio de Janeiro: Marco Zero 1982.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GUIMARÃES, Antônio. Como trabalhar com “raça” em sociologia. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 93-107, jan./jun. 2003.

GUSMÃO, Neusa Maria Mendes de. A Lei 10.639/2003 e a formação docente: desafios e conquistas. In: DE JESUS, Regina de Fátima de; ARAÚJO, Mairce da Silva; CUNHA JR., Henrique (org.). *Dez anos da Lei n. 10.639/03: memória e perspectivas*. Fortaleza: Edições UFC, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2008.

HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 1990*. Rio de Janeiro: Ipea, 2001.

HOOKS, Bell. Mulheres negras: moldando a teoria feminista. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 16, p. 193-210, jan./abr. 2015.

HOOKS, Bell. *Feminism is for Everybody: Passionate Politics*. Nova York: Routledge, 2000.

JACCOUD, Luciana de Barros. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002.

LIMA, Ivan Costa. Pedagogia interétnica em Salvador: trajetória, história e identidade negra. In: GOMES, Ana Beatriz Sousa; CUNHA JR., Henrique (org.). *Educação e afrodescendência no Brasil*. Fortaleza: Edições UFC, 2008.

MARTINS, Paulo de Sena. O direito à educação na Carta Cidadã. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, n. 221, p. 223-246, jan./mar. 2019.

MARTINS, Paulo de Sena. Constituinte, financiamento e direito à educação: a voz dos protagonistas. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 39, n. 145, p. 823-845, out./dez. 2018.

MEDEIROS, Rogério de Souza. Interseccionalidade e políticas públicas: aproximações conceituais e desafios metodológicos. In: PIRES, Roberto Rocha (org.). *Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Ipea, 2019. p. 79-104.

MIGUEL, Luis Felipe. *Consenso e conflito na democracia contemporânea*. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

MOREIRA, Antonio Flávio Barbosa; CÂMARA, Michelle Januário. Reflexões sobre currículo e identidade: implicações para a prática pedagógica. In: CANDAU, Vera Maria; MOREIRA, Antônio Flávio (orgs.). *Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 38-66.

MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro: ensaios de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MUNANGA, Kabengele. Negritude e identidade negra ou afrodescendente: um racismo ao avesso? *Revista da ABPN*, Goiânia, v. 4, n. 8, p. 6-14, jul./out. 2012.

MUNANGA, Kabengele. Diversidade, identidade, etnicidade e cidadania. *Movimento Revista de Educação*, Rio de Janeiro, n. 12, set. 2005.

NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. *Revista Estudos Feministas*, [s.l.], v. 8, n. 2, p. 9-41, 2000.

OLIVEIRA, David; COSTA, Thalita Terto. A experiência do Abaetê Criolo como ação de enfrentamento a desigualdades de gênero e raça: uma análise de discurso sobre interseccionalidade e feminismo negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 212-228, 2020.

OLIVEIRA, Megg Rayara Gomes de. *O diabo em forma de gente: (r)existências de gays afeminados, viados e bichas pretas na educação*. 2017. 190 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

PEREIRA, Márcia Moreira; SILVA, Maurício. Percurso da Lei 10.639/03: antecedentes e desdobramentos. *Linguagens & Cidadania*, [s.l.], v. 14, p. 1-12, jan./dez. 2012.

RIBEIRO, Djamilia. *Quem tem medo do feminismo negro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. As culturas negadas e silenciadas no currículo. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). *Alienígenas na sala de aula*. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 159-189.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as práticas do racismo*. Brasília: Edições Câmara, 2015.

SANTOS, Natália Neris da Silva. *A voz e a palavra do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos*. 2015. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

SILVA, Luzia Rodrigues da. A agência em foco: tensões e limites das professoras. In: MAGALHÃES, Izabel; CAETANO, Carmem Jená Machado; BESSA, Décio (orgs.). *Pesquisas em análise de discurso crítica*. Covilhã: UBI, LabCom, Livros LabCom, 2014. p. 55-78.

SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 73-102.

SOARES, José Francisco; ALVES, Maria Teresa Gonzaga. Desigualdades raciais no sistema brasileiro de educação básica. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 147-165, jan./jun. 2003.

SOUZA, Edileuza Penha de. A Lei n. 10.639/03 na escola – caminhos para os tambores de Congo. In: GOMES, Ana Beatriz Sousa; CUNHA JR., Henrique (orgs.). *Educação e afrodescendência no Brasil*. Fortaleza: Edições UFC, 2008.

WILLIAMS, Patricia. Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, [s.l.], v. 22, n. 2, p. 401-433, 1987.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

OLIVEIRA, David Barbosa de; COSTA, Thalita Terto. Autoafirmação racial de jovens negras no projeto Abaetê Criolo: caminhos para a equidade de gênero e de raça em contextos interseccionais a partir da Lei n. 10.639/2003. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2222. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202222>

David Barbosa de Oliveira

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE). PROFESSOR ADJUNTO IV DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC). PROFESSOR DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC.

david.oliveira@ufc.br

Thalita Terto Costa

DOUTORANDA EM CUIDADOS CLÍNICOS EM ENFERMAGEM E SAÚDE PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ (UECE). MESTRA EM POLÍTICAS PÚBLICAS PELA UECE. PROFESSORA DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA REDE PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ. LICENCIADA EM EDUCAÇÃO FÍSICA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFCE).

thalitaterto@hotmail.com

1 Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-6559-6480>

2 Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-9891-510X>

3 Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-7535-5111>



O voto do relator vale mais? Ancoragem em julgamentos colegiados

IS THE FIRST OPINION MORE WORTHY? ANCHORING IN TRIALS BY A PANEL OF JUDGES

Márcin Barcellos Gawski¹, Priscila Goergen Brust-Renck² e
Eduardo Scarparo³

Resumo

O artigo discute a influência do voto do relator na formação da decisão colegiada, considerando as particularidades do modelo de colegialidade adotado pelo direito processual civil brasileiro. A partir da literatura sobre julgamentos colegiados no Brasil e de aportes da Psicologia sobre heurísticas e vieses cognitivos, foi realizado experimento simulando julgamento de caso de responsabilidade civil por erro médico, cujos participantes atribuíram montantes indenizatórios como se fossem integrantes de um órgão jurisdicional colegiado, após a leitura do voto do relator. Os resultados consistem em evidência preliminar de que, em deliberações desse tipo, a ancoragem pode ser um viés cognitivo estimulado pela sistemática legal vigente. Aponta-se a necessidade de mais pesquisas empíricas sobre o tema, por meio de experimentos controlados ou estudos de contextos reais, e de um aprofundado debate sobre as disfunções e os rumos da colegialidade em tribunais brasileiros, considerando hipóteses de intensificação e de atenuação do fenômeno no contexto da justiça civil.

Palavras-chave

Tomada da decisão judicial; colegialidade; heurísticas; vieses cognitivos; ancoragem.

Abstract

The article argues about the influence of the first opinion in a panel of judges, considering the specificities of the collegiality model adopted by the Brazilian civil procedure law. Based on the literature on collective decision-making in Brazil and the Psychology contribution on heuristics and cognitive biases, a simulation experiment of a case of civil liability for medical error was conducted by asking participants to make monetary damage awards as if they were members of a judicial panel, based on previously recommended amount from the opinion of the Rapporteur. The results consist of preliminary evidence of anchoring as a cognitive bias which is possibly encouraged by the current legal system in this kind of decision-making process. The need of more empirical research on this subject, by controlled experiments or studies of real contexts, and of a deeper discussion about the disfunctions and paths of collegiality in Brazilian courts is raised, considering hypothesis of intensification and mitigation of this phenomenon in the civil justice context.

Keywords

Legal decision-making; collegiality; heuristics; cognitive biases; anchoring.

INTRODUÇÃO

O sistema processual civil brasileiro supõe serem rigorosamente iguais os pesos dos votos dos julgadores integrantes de um órgão jurisdicional colegiado. Porém, a circunstância de um magistrado – o *relator* – propor a primeira solução para o julgamento, após apresentar relatório da causa aos demais membros do colegiado, há muito tempo causa a impressão, na prática forense, de que seu voto tende a ser mais influente do que os votos seguintes para a formação do acórdão:

É fora de dúvida que os primeiros votos proferidos – independentemente, em *certa medida*, da solidez dos argumentos em que se apoiem – costumam exercer maior influência sobre o sentido da deliberação do que os proferidos mais para o fim. Isso se acentua notavelmente quando a marcha da votação desde logo revela tendência nítida ao prevalecimento de qualquer das teses em jogo; mais ainda, quando se atinge determinada altura sem divergência alguma. Não poucos juízes inclinam-se de hábito a aderir à corrente predominante, e são em número ainda maior os que hesitam em adotar posição totalmente isolada. (BARBOSA MOREIRA, 1994, p. 237, grifo do autor)

Amparado em sua experiência como magistrado, Barbosa Moreira (1994, p. 237) especulou também sobre as possíveis causas para tal impressão, como motivações idiossincráticas ou psicológicas do julgador (timidez, insegurança, comodismo, fadiga em redigir voto divergente ou até aspirações políticas na carreira da magistratura); razões de ordem utilitária (não retardamento do desfecho ou inutilidade prática da discordância); e até situações de incerteza sobre o juízo, quando, “na dúvida, o melhor é ficar com a maioria” (BARBOSA MOREIRA, 1994, p. 237). Afirmou que, “[e]m última análise, tudo pode depender do lugar que, na ordem de votação, toque a juiz ou juízes em situações como as indicadas” (BARBOSA MOREIRA, 1994, p. 237).

Sem desmerecer a relevância desse relato prático, atualmente é possível se valer de aportes de áreas distintas do Direito para embasar uma abordagem mais científica sobre o tema. Já existem pesquisas, em perspectiva sociojurídica, que evidenciam a prevalência do voto do relator e que se propõem a investigar as causas para o dissenso nos tribunais – essas últimas com contribuições sobretudo da Economia e da Ciência Política. Porém, ainda são escassos estudos sobre a temática na perspectiva da Psicologia Cognitiva, a partir da qual é possível cogitar, por exemplo, que o modelo de colegialidade adotado pelo direito processual civil brasileiro estimula a incidência de *automatismos* (*i.e.*, heurísticas) nos respectivos processos decisórios, de modo a conferir maior peso ao voto do relator. Entre os vários possíveis, está a *ancoragem*, fenômeno psicológico descrito por Tversky e Kahneman (1974) como a estimativa enviesada por uma informação decisória inicialmente recebida ou autogerada, geralmente um valor relevante ajustado de modo insuficiente, que, como uma “âncora”, baliza o julgamento e a tomada de decisão subsequentes (*i.e.*, produz um viés cognitivo).

Este artigo discute a influência do voto do relator na formação da decisão colegiada, considerando as particularidades do modelo de colegialidade adotado pelo processo civil brasileiro. A partir de aportes da Psicologia Cognitiva e de experimento controlado, tendo como referencial empírico a atribuição de montante indenizatório em caso de erro médico, testa a hipótese de que a ancoragem é um possível automatismo estimulado pela sistemática vigente e corresponsável pela frequente prevalência do voto do relator. Ressaltando a necessidade de mais pesquisas empíricas sobre o tema, pretende contribuir para a discussão mais ampla sobre as disfunções e os rumos da colegialidade em nossos tribunais.

1. A COLEGIALIDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E O PAPEL DO RELATOR

O sistema processual civil brasileiro estabelece que os julgamentos proferidos pelos tribunais, em regra, sejam *colegiados*.¹ Embora os fundamentos da *colegialidade* constituam temática tradicionalmente pouco explorada pela dogmática jurídica,² é possível apontar três justificativas para esse modelo de deliberação no Brasil, conforme Sokal (2012, p. 81-108): (i) o reforço da cognição judicial, (ii) a garantia da independência dos membros julgadores e (iii) a contenção do arbítrio individual.³ Também se pode acrescentar a esse rol a relação frequentemente presente na doutrina entre maior probabilidade de segurança (ou mesmo de correção) da decisão e a possibilidade de revisão dos julgamentos de primeira instância por corpos de magistrados, em tese, mais experientes (PONTES DE MIRANDA, 1960, p. 10; BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 237; CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 99).⁴

Para alguns autores, apenas certos tribunais teriam a colegialidade como qualidade intrínseca. Marinoni e Mitidiero (2016, p. 237) defendem que “[o] método pelo qual determinado

...

1 São diversos os dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) que remetem à colegialidade ao disporem sobre os julgamentos nos tribunais. Exemplos são o art. 204, definindo acórdão como “o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”, e o art. 941, § 2º, determinando que, no julgamento da apelação ou do agravo de instrumento, a decisão, no órgão colegiado, é proferida mediante votos de três magistrados. Além disso, o art. 942 prevê técnica ampliativa da colegialidade para o julgamento de apelações cíveis não unânimes.

2 Para uma arqueologia conceitual sobre a colegialidade na dogmática jurídica brasileira, cf. Santos (2017).

3 Para Mendes (2013, p. 128-129, tradução nossa), a colegialidade relaciona-se a um projeto colaborativo, preocupando-se com deliberação e unidade e abrangendo “certo nível de respeito, comprometimento em argumentar e cooperar e disposição em empenhar-se por uma decisão supraindividual”.

4 Para uma crítica que aponta a “desconfiança” nos juízes de primeiro grau como implícita no sistema recursal brasileiro, cf. Baptista da Silva (2004, p. 239-263).

juízo tem de ocorrer deve refletir, em primeiro lugar, aquilo que se espera da Corte encarregada de realizá-lo”. Em razão disso, sustentam a distinção ideal entre *juízos plurais*, pertinentes às denominadas cortes de justiça no controle da interpretação do direito e dos fatos da causa, e *juízos colegiados*, aplicáveis às chamadas cortes supremas na formação de precedentes. Nos juízos plurais (ou fragmentados ou por agregação), o colegiado constituiria “a simples soma de três posições individuais sobre determinado ponto ou questão”(MARINONI e MITIDIERO, 2016, p. 239), oportunizando a adoção de fundamentos concorrentes e interessando o acordo quanto ao dispositivo e não quanto às razões para obtê-lo. Já os juízos colegiados possibilitariam a busca de fundamentos compartilhados, mesmo com votos dissidentes, pois o propósito seria lançar mão de entendimentos a serem adotados para juízos futuros, a partir das *rationes decidendi* (MARINONI e MITIDIERO, 2016, p. 239).⁵

Também é bem conhecida a distinção entre os modelos de juízo *per curiam* e *seriatim*. Conforme Mendes (2013, p. 111), no primeiro modelo, a decisão materializa-se por meio de um texto único, que se apresenta como uma “voz única” do tribunal para o juízo do caso; no segundo modelo, a decisão compõe-se de pronunciamentos individuais, isto é, de “múltiplas vozes” emanadas da mesma corte. Além das versões puras desses modelos, observam-se modelos híbridos, como aqueles que possibilitam a coexistência da *opinion of the court* com votos concorrentes e/ou dissidentes. Todavia, não há “causalidade imediata ou infalível entre o compromisso com a colegialidade e uma única voz, nem entre a falta de deliberação interna e uma decisão de múltiplas vozes” (MENDES, 2013, p. 111, tradução nossa), podendo esses modelos, na prática, ser tanto deliberativos como não deliberativos.

Independentemente do modelo de juízo preconizado, a previsão de um relator com numerosas atribuições é importante característica da sistemática brasileira de órgãos colegiados.⁶ No direito processual civil, determina-se a distribuição do processo ao magistrado

• • •

5 “Uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso” (MACCORMICK, 2008, p. 203). Na prática, os juízos colegiados de nossas cortes supremas ainda parecem longe da busca de fundamentos compartilhados visando à construção de *rationes decidendi* quando da formação de precedentes. Para uma crítica ao modelo de racionalidade jurídica adotado pelas cortes no Brasil, cf. Rodriguez (2013, p. 59-112). Entendemos que a busca por fundamentos compartilhados é desejável também em cortes locais, sendo salutar que seus juízos sejam produto de ponderação de distintos pontos de vista. Nessa perspectiva, os juízos plurais, como modelo teórico, são indesejáveis, pois esvaziam a colegialidade em instâncias jurisdicionais nela estruturadas.

6 Embora sejam comuns referências à influência da sistemática italiana na sistemática brasileira, as duas se diferenciaram em diversos aspectos ao longo do tempo, sendo exemplo a tendência de majoração das atribuições

incumbido dessa função, devendo redigir voto e encaminhá-lo com relatório à secretaria (art. 931 do CPC/2015) para ciência dos demais integrantes do colegiado (vogais). Na sessão de julgamento, o relator apresenta o resumo oral da causa (art. 937 do CPC/2015) e é o primeiro a proferir voto oralmente, seguido pelos demais julgadores, para materializar o julgamento por meio do acórdão.⁷

Além dessas tradicionais atribuições, no processo civil brasileiro, o relator tem sido dotado de poderes cada vez mais amplos, com fins de, em síntese, dirigir o processo e zelar pela higidez do procedimento, decidir ou até propor questões incidentais e proferir julgamentos monocráticos.⁸ Historicamente, essa majoração dos poderes do relator teve como marco o advento das Leis n. 9.139/1995 e 9.756/1998,⁹ especialmente ao alterar o disposto no art. 557 do CPC/1973, a fim de permitir julgamentos monocráticos em recursos inadmissíveis, manifestamente improcedentes, prejudicados ou contrários a “jurisprudência dominante”. Tais reformas objetivaram aumentar a produtividade dos tribunais e conferir mais celeridade ao sistema recursal (TEIXEIRA, 1999). Porém, com o decorrer do tempo, o que deveria ser a exceção tornou-se a regra: em diversos tribunais, as decisões monocráticas passaram a superar em quantidade as decisões colegiadas,¹⁰ ainda que garantido recurso à colegialidade (art. 1.021 do CPC/2015).

...

do relator no processo civil brasileiro, contrária à do processo civil italiano (SANTOS, 2017). No Brasil, o CPC/1939 e CPC/1973 já previam diversas atribuições para o relator.

- 7 Embora tal ordem fosse expressamente prevista no art. 875, § 1º, do CPC/1939 e na redação original do art. 555 do CPC/1973, foi suprimida em nível de código processual civil com a Lei n. 10.352/2001 e não voltou a ser reproduzida no CPC/2015. Ainda assim, permanece nos regimentos internos de vários tribunais – p. ex., no art. 135 do Regimento do STF e no art. 163 do Regimento do STJ.
- 8 Essa concentração de atribuições pode ser constatada no exame de diversos dispositivos do CPC/2015. Os poderes para *dirigir o processo e zelar pela higidez do procedimento* encontram-se nos arts. 932, I, VII, VIII e parágrafo único; 933; 938, §§ 1º e 3º; 954; 970; 972; 982; 983; 989; e 1.007, §§ 6º e 7º. Já os poderes para *decidir questões incidentais* estão nos arts. 99, § 7º; 932, II e VI; 955, parágrafo único; 995, parágrafo único; 1.012, § 3º, II; 1.026, § 1º; 1.029, § 5º, II; 1.031, §§ 2º e 3º; 1.032; e 1.035, §§ 4º e 5º; cabe ainda menção àqueles para *propor incidentes* (arts. 138; 947, § 1º; 948; 977, I; 1.036, § 5º; 1.037; e 1.038). Por fim, os poderes para *julgar monocraticamente* verificam-se nos arts. 932, III, e 1.018, § 1º, tratando-se de inadmissibilidade formal, e no art. 932, IV e V, para a aplicação de precedentes e súmulas.
- 9 Não obstante, esse movimento reformador já se verificava ao menos desde a década de 1960, com alteração regimental do STF que permitiu ao relator mandar arquivar recurso com pedido contrário à “jurisprudência compendiada em súmula”. Para um esboço histórico, cf. Carvalho (2008, p. 13-22).
- 10 É o que evidenciam estudos como os de Hartmann e Ferreira (2015), sobre o STF, com 93% de decisões monocráticas entre 1992 e 2013; e de Ferraz (2014), sobre o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), cujas câmaras cíveis em 2010 já proferiam 48,3% de decisões do tipo, percentual que era de 22,4% em 2003. Nos anos 1990, Barbosa Moreira (1999, p. 29) prenunciava: “Não se afigura

Não bastasse isso, é razoável formular a hipótese de que o progressivo aumento dos poderes do relator, combinado com a crescente sobrecarga de trabalho nos tribunais, provavelmente concorreu para um efeito colateral: os magistrados passaram a dedicar maiores esforços aos processos de sua relatoria, em detrimento daqueles nos quais figuram como vogais. Em nível de tribunal local, foi o que constatou Lupetti Baptista (2008, p. 273) em etnografia acerca da oralidade nos ritos judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), descrevendo os julgadores vogais como aqueles que, em regra, “não leem o processo antes da sessão, conhecendo-o, pela primeira vez, no dia do julgamento”. Em nível de tribunal superior, Silva (2015, p. 188-189), após entrevistar ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), colheu percepções, de um lado, sobre o papel de preponderância do relator em casos “comuns”, a partir de expressões como “ele baliza todo o debate”, “ele fixa a moldura do debate”, “é um ponto de partida para discussão” e “é uma posição preponderante”; e, de outro lado, sobre o volume de trabalho como obstáculo à deliberação mais qualificada.

Esse cenário pode ter contribuído para uma maior influência do primeiro julgador a votar – o relator – sobre os demais integrantes do órgão colegiado. Há evidências dessa influência, principalmente, em pesquisas empíricas sobre os processos decisórios do STF, como aqueles em que Oliveira (2012a e 2012b) analisou 1.277 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) com o mérito julgado entre 1999 e 2006. A autora constatou que, subtraindo aquelas com decisão final monocrática (585 ADIs), em 99% das demandas julgadas colegiadamente (686 de 692 ADIs) os acórdãos adotaram o mesmo sentido do voto do relator (OLIVEIRA, 2012b). Dado ainda mais impressionante foi que, mesmo computando as ações com acórdão não unânime, tal percentual diminuiria apenas para 98% (159 entre 163 ADIs) (OLIVEIRA, 2012a). Ao final de um desses estudos, observou que o “voto do relator importa” e que o tema merecia maior atenção (OLIVEIRA, 2012b, p. 112-113).

Constatações semelhantes foram as de Sundfeld e Souza (2012). Após o exame de 267 acórdãos proferidos pela Corte entre 2006 e 2010, também no controle concentrado de constitucionalidade (ADIs, ADCs e ADPFs), verificaram que, em 242 deles (quase 91%), “as manifestações *sem declaração de voto* e o voto do relator já seriam suficientes para formar a maioria” (SUNDFELD e SOUZA, 2012, p. 87, grifo nosso) – equivalendo, portanto, a uma proporção na qual 9 de cada 10 acórdãos não só aderiram ao voto do relator, como foram justificados a partir das razões de decidir por ele propostas. Ainda observaram que cerca de 60% das manifestações dos ministros sequer tinham declaração de voto. Tal cenário

...

temerário conjecturar que, mais dia, menos dia, a manter-se inalterado o rumo, o relator se verá investido do poder de decidir, por si, *qualquer recurso*. O julgamento monocrático, antes característico, entre nós, do primeiro grau de jurisdição, vai-se impondo também nos superiores, em detrimento da colegialidade” (grifo do autor).

mostra que “o relator tem, na maioria das vezes, a importante função de fixar a decisão e sua respectiva fundamentação” (SUNDFELD e SOUZA, 2012, p. 87). Essa frequente remissão das razões de decidir coletivas ao voto do relator também foi constatada por Almeida e Bogossian (2016).

Há evidências na literatura de outras questões como (i) a generalizada percepção, entre os ministros, do papel decisivo do relator na maioria das deliberações, excetuados os casos de maior visibilidade (SILVA, 2015); (ii) a menor tendência dos julgadores em divergir diante de maior número de casos a serem decididos (ROSEVEAR, HARTMANN e ARGUELHES, 2015); (iii) a elevada influência do relator nas decisões sobre temas com repercussão geral (MEDINA, 2016); e (iv) o baixo índice de julgamentos com atenção decisória de outros ministros além do relator (PEREIRA, ARGUELHES e ALMEIDA, 2020).

Várias causas podem ser cogitadas para explicar esse fenômeno. Especificamente quanto ao STF, Almeida e Bogossian (2016 e 2017) propõem a hipótese do “delegacionismo”: a Corte, por ter “incapacidade estrutural de produzir razões institucionais para suas decisões” (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2017, p. 1.399), incorreria na prática corriqueira da “adoção dos fundamentos do voto do relator do acórdão como fundamentos para o próprio acórdão” (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2017, p. 1.399). Essa hipótese é reforçada por literatura, principalmente estrangeira, acerca das causas para o dissenso nos tribunais, com aportes sobretudo da Economia e da Ciência Política. Tais estudos apontam correlações negativas entre sobrecarga de trabalho e divergência nas decisões (PETERSON, 1981; EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2011; ROSEVEAR, HARTMANN e ARGUELHES, 2015). A principal explicação defendida para esse dado é que, havendo custos para divergir, os julgadores em geral preferem dedicar seus esforços para fazê-lo em número reduzido de processos, geralmente aqueles mais complexos ou de maior repercussão pública.¹¹ Também não se podem ignorar outros possíveis fatores de desestímulo para a divergência entre os julgadores, como orientações políticas (OLIVEIRA, 2012a e 2012b) e relações pessoais (SILVA, 2015).

Na perspectiva da Psicologia Cognitiva, ainda pouco explorada nessa temática, pode-se cogitar que, sobretudo nos casos “comuns”, o modelo de colegialidade adotado pelo processo civil brasileiro, tanto em tribunais superiores como em tribunais locais, favorece a incidência de automatismos que desestimulam o dissenso entre os julgadores e, portanto, contribuem para a prevalência do voto do relator. É o que se passará a analisar especificamente quanto à chamada ancoragem, um dos automatismos mais conhecidos.

11 Sobre o STF, Rosevear, Hartmann e Arguelhes (2015) só não constataram correlação negativa significativa entre carga de trabalho e divergência das decisões nos acórdãos do Plenário – o que supuseram ser explicado pela complexidade ou repercussão pública dos casos nele julgados, que constituiriam incentivos para os julgadores os examinarem com maior atenção e, portanto, divergirem com mais frequência.

2. A ANCORAGEM NA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL

2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANCORAGEM

Ancoragem é um fenômeno psicológico definível como a estimativa enviesada por uma informação decisória inicialmente recebida ou autogerada – geralmente um valor relevante ajustado de forma insuficiente – que serve como uma “âncora” para a tomada da decisão.

O fenômeno foi pesquisado sistematicamente, primeiro, pelos psicólogos israelenses Amos Tversky e Daniel Kahneman (1974),¹² que, com os seus estudos sobre julgamento e tomada de decisão a partir da década de 1970, confrontaram teorias tradicionais sobre a racionalidade humana e incentivaram novas agendas de pesquisa em diversos campos científicos.¹³ O mote desses estudos iniciais, em suma, foi evidenciar a atuação de estratégias rápidas e automáticas nos processos decisórios dos seres humanos, bem como a consequente ocorrência de erros sistemáticos e destoantes de padrões de julgamento e tomada de decisão até então idealizados como racionais baseados em estatística e lógica. Nessas pesquisas, as estratégias decisórias foram denominadas *heurísticas*, e os erros sistemáticos, *vieses cognitivos*. A ancoragem, em tal perspectiva, seria uma dessas estratégias.

Tversky e Kahneman (1974) também publicaram o experimento provavelmente mais conhecido sobre o tema: estudantes universitários, separados em dois grupos, assistiram ao giro de uma roda da fortuna, que, embora dispusesse de números de 0 a 100, havia sido sigilosamente programada pelos pesquisadores para sempre marcar 10 ou 65, conforme o grupo analisado. Na sequência, os participantes, instruídos a anotarem o valor marcado, foram indagados com duas perguntas, nessa ordem: “A porcentagem de países africanos na ONU é maior ou menor do que o número que você acabou de escrever?” e “Qual a sua melhor estimativa para a porcentagem de países africanos na ONU?”. Apesar de, em tese, números aleatórios indicados como 10 ou 65 não serem capazes de fornecer informação útil sobre temas pouco conhecidos, as estimativas médias dos participantes vincularam-se espantosamente àqueles valores: foram de 25% para os que haviam anotado o número 10 e de 45% para os que haviam escrito o número 65.

Na oportunidade, a ancoragem foi classificada como uma heurística e explicada em termos de ajustamento insuficiente. Em tal perspectiva, as pessoas realizariam estimativas adotando

...

¹² Apesar de a sistematização ter sido proposta por Tversky e Kahneman, não foram eles os primeiros a observarem os efeitos da ancoragem. Há registros de estudos anteriores, como os de Slovic (1967), sobre avaliações de atratividade de apostas com base em valores inicialmente fornecidos, que hoje poderiam ser compreendidos como âncoras.

¹³ Outros experimentos de Tversky e Kahneman publicados nos anos 1970 podem ser lidos em Kahneman, Slovic e Tversky (1982). Para uma revisão geral sobre a temática, cf. Tonetto *et al.* (2006).

como parâmetro inicial dado valor que, então, seria mentalmente ajustado para produzir a resposta definitiva, sendo frequentes as insuficiências desses ajustes – no caso do experimento, em determinar o valor real de países africanos na ONU. Ou seja, a estimativa produzida seria um valor ainda bastante próximo do valor fornecido, mesmo que distante da resposta considerada correta.

Outros pesquisadores, contudo, consideraram inadequada ou incompleta essa explicação. Além de indagações sobre as causas que levariam às insuficiências de ajuste,¹⁴ também surgiram críticas direcionadas ao fato de a explicação original não considerar âncoras que, em razão de sua aparente razoabilidade ou plausibilidade como estimativa final, não necessitariam de ajustamento (MUSSWEILER, ENGLISH e STRACK, 2004, p. 189). Com isso, nas décadas subsequentes, diversos experimentos evidenciaram a atuação, na ancoragem, de outros mecanismos cognitivos – passando a ser questionada a própria ideia de ajustamento insuficiente (CHAPMAN e JOHNSON, 2002, p. 127-130). Ademais, estudos posteriores constataram efeitos da ancoragem provocados não só por números, mas a partir do processamento de informações de naturezas muito distintas, inclusive estímulos físicos (LEBOEUF e SHAFIR, 2006), bem como em decisões de outros tipos além de estimativas (CHAPMAN e BORNSTEIN, 1996).

Kahneman (2003 e 2011, p. 119-128), posteriormente, revisou a sua explicação sobre a ancoragem, passando a analisar o fenômeno a partir da sua versão das chamadas teorias de duplo processo. Ainda que sob visões mais ou menos variadas, tais teorias sustentam a existência de dois modos de pensamento decorrentes de dois processos cognitivos distintos: um processo inconsciente, intuitivo e automático, e outro processo consciente, reflexivo e controlado.¹⁵ Kahneman, explicando-os a partir de uma metáfora segundo a qual dois agentes, o Sistema 1 e o Sistema 2, seriam responsáveis, respectivamente, pelo pensamento rápido e pelo pensamento devagar, passou a relacionar cada um deles a um tipo de ancoragem: (i) a ancoragem como ajustamento, atividade consciente e controlada, produto do Sistema 2; e (ii) a ancoragem como efeito de primazia, atividade inconsciente e automática, originada do Sistema 1. No primeiro caso, a mente, ao avaliar a âncora como muito baixa ou muito alta, deliberadamente faria um ajuste, porém muitas vezes insuficiente em razão de, por exemplo, sobrecarga de esforço mental. No segundo caso, a mente operaria a partir de uma sugestão, tentando selecionar informações compatíveis ou coerentes com a âncora, a fim de construir um cenário mental em que ela constituísse uma informação verdadeira.

...

14 Epley e Gilovich (2006) propõem como explicação para os ajustamentos insuficientes a tese de que as pessoas, ao realizarem uma estimativa a partir de uma âncora, tenderiam a ajustar o valor fornecido ou auto-gerado até que outro, em amplitude de valores subjetivamente plausíveis, seja por elas mentalmente alcançado, a menos que haja possibilidade e disposição em buscar uma estimativa mais precisa.

15 Para um panorama sobre o debate, cf. Stanovich e West (2000) e Brust-Renck, Weldon e Reyna (2021).

Embora os efeitos da ancoragem sejam perceptíveis, induzíveis e, em certa medida, mensuráveis,¹⁶ sua natureza ainda é de difícil e controversa explicação devido aos variados mecanismos cognitivos potencialmente envolvidos (FREDERICK, KAHNEMAN e MOCHON, 2010, p. 17; TEOVANOVIĆ, 2019, p. 19). Mussweiler, Englich e Strack (2004, p. 196, tradução nossa) afirmam que, de um ponto de vista mais focado em processos psicológicos do que em efeitos no julgamento e na tomada de decisão, o que hoje se conhece por “ancoragem” seria mais um “conglomerado de fenômenos muito diversos cuja similaridade resta unicamente no resultado líquido que eles produzem”. Apesar desses questionamentos, os efeitos da ancoragem são frequentemente apontados entre os mais robustos até hoje verificados na Psicologia Cognitiva¹⁷ (MUSSWEILER, ENGLICH e STRACK, 2004, p. 184-186; KAHNEMAN, 2011, p. 119).

2.2. A LITERATURA SOBRE A ANCORAGEM NA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL

Há numerosos estudos sobre os efeitos da ancoragem na tomada da decisão judicial.¹⁸ Tais pesquisas versam sobre diversas fontes de âncoras incidentes nesse tipo de processo decisório, sendo exemplos o pedido da parte (CHAPMAN, BORNSTEIN, 1996; GUTHRIE, RACHLINSKI e WISTRICH, 2001; ENGLICH e MUSSWEILER, 2001; KALIL, 2005; RACHLINSKI, WISTRICH e GUTHRIE, 2015; REYNA *et al.*, 2015; HANS, HELM e REYNA, 2018), a prova ilícita (WISTRICH, GUTHRIE e RACHLINSKI, 2005) e a manifestação do perito (RAITZ *et al.*, 1990), e sobre distintos tipos de decisões, sendo os mais recorrentes a quantificação da pena, em matéria penal, e a atribuição de montante indenizatório, em matéria cível, conforme se passa a exemplificar.¹⁹

...

- 16 Como refere Kahneman (2011, p. 123-124), embora muitos fenômenos psicológicos possam ser demonstrados experimentalmente, poucos, na prática, são capazes de ter intensidade mensurada. A ancoragem constituiria uma dessas exceções, sobretudo ao envolver âncoras numéricas. Nessa perspectiva, seria possível, em termos percentuais, medir a vinculação do decisor à informação inicialmente fornecida.
- 17 Há evidências de incidência de ancoragem diante de fatores como (i) âncoras aleatórias, arbitrarias ou não informativas (TVERSKY e KAHNEMAN, 1974); (ii) âncoras extremas ou implausíveis (GALINSKY e MUSSWEILER, 2001; STRACK e MUSSWEILER, 1997); (iii) decurso de longo período após a exposição à âncora (MUSSWEILER, 2001); (iv) *expertise* sobre o tema (NORTHCRAFT e NEALE, 1987); (v) advertência prévia sobre os efeitos da ancoragem (WILSON *et al.*, 1996); e (vi) motivação pessoal do decisor (WILSON *et al.*, 1996).
- 18 Para uma revisão de estudos sobre ancoragem na decisão judicial, cf. Teichman e Zamir (2014, p. 678-680) e Feldman, Schurr e Teichman (2016, p. 303-308).
- 19 Mais recentemente, outros tipos de decisões judiciais além de quantificações numéricas têm sido objeto de estudo nessa perspectiva. Por exemplo, Feldman, Schurr e Teichman (2016), em experimento controlado, constataram efeitos de ancoragem sobre a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados – e, por conseguinte, sobre a decisão final acerca da tutela ou não do direito material afirmado em juízo.

Relativamente ao processo penal, conhecido experimento com magistrados e estudantes de Direito simulou julgamento de crime de estupro com quantificação de pena após diferentes pedidos de condenação do acusador: alguns participantes receberam um pedido de 12 meses de reclusão, enquanto outros, um de 34 meses. O estudo constatou ancoragem até mesmo nas penas indicadas por juízes com média de 15 anos de experiência profissional: as condenações médias dos magistrados foram de 28 meses entre aqueles com a âncora de 12 meses, e de 35,75 meses para os que receberam a de 34 meses. Chamou a atenção a percepção referida pelos juízes de não terem considerado a pena requerida pela acusação (ENGLICH e MUSSWEILER, 2001). A partir desse caso, foram realizados novos experimentos, com a diferença de serem as âncoras apresentadas não como pedidos do acusador, mas como valores aleatórios, arbitrários ou não informativos, persistindo a sua influência inclusive em magistrados (ENGLICH, MUSSWEILER e STRACK, 2006).

Quanto ao processo civil, são frequentes experimentos simulando júri cível.²⁰ Um deles, ao constatar ancoragem em decisões envolvendo caso fictício de danos causados pela ingestão de pílula contraceptiva, concluiu que, quanto mais o demandante pedia, maiores tendiam a ser os valores indenizatórios atribuídos pelos jurados, representados por estudantes universitários. Também verificou uma “modalidade cruzada” de ancoragem, isto é, a influência de âncoras de uma escala de julgamento em outra escala: de um lado, âncoras monetárias não afetaram apenas decisões dos jurados expressas em escala monetária, mas também avaliações do nexos de causalidade; e, de outro lado, âncoras relacionadas à prova do nexos causal influenciaram não só a aferição da causalidade, mas também a percepção do montante indenizatório devido (CHAPMAN e BORNSTEIN, 1996).

Também em matéria cível, experimento com juízes federais norte-americanos, dividindo-os em dois grupos e apresentando-lhes um caso simulado de danos decorrentes de acidente de trânsito, constatou ancoragem a partir da oposição ou não de defesa pelo réu. Enquanto um dos grupos não foi submetido a âncora numérica, o outro grupo recebeu a informação de que o réu teria alegado não haver valor da causa suficiente para o seu processamento na esfera federal, isto é, US\$ 75 mil. Com isso, o primeiro grupo, não exposto à âncora, atribuiu montante indenizatório médio de US\$ 1.249 milhão, e o segundo grupo, exposto à âncora, apresentou média de indenização de US\$ 882 mil (GUTHRIE, RACHLINSKI

...

20 O júri cível – inexistente no Brasil, país de tradição *civil law* – costuma ser referido como peculiaridade dos países de tradição *common law*. Porém, conforme Taruffo (2013, p. 22-23), enquanto na Inglaterra o instituto já é extinto há décadas, nos Estados Unidos, embora presente em número de casos ainda não desprezível, ocorre com frequência bem menor do que julgamentos de juízes togados. As razões para a sua permanência no direito norte-americano seriam a garantia da VII Emenda à Constituição estadunidense e o caráter popular e folclórico desses julgamentos.

e WISTRICH, 2001). Observa-se, ainda, que estudos mais recentes envolvendo decisões judiciais sobre indenizações têm apontado que as âncoras mais influentes costumam ser aquelas dotadas de maior relevância ou plausibilidade (REYNA *et al.*, 2015; HANS, HELM e REYNA, 2018).

No Brasil, estudo de Kalil (2005) versou acerca da ancoragem no arbitramento de indenização por danos decorrentes de acidente de trânsito, em função de pedido determinado ou indeterminado do autor.²¹ Os participantes do experimento – categorizados em novatos (estudantes de Direito), intermediários (bacharéis em Direito) e expertos (juízes de Direito) – foram divididos em grupos, tendo alguns recebido, como âncora, pedido indenizatório de R\$ 950 mil, e outros, pedido genérico de condenação. Embora o estudo tenha concluído pela importância da *expertise* na tomada da decisão judicial, uma vez que os magistrados expostos à âncora apresentaram menor vinculação aos seus efeitos – atribuindo indenização média de R\$ 194 mil, contra R\$ 313 mil no caso dos bacharéis e R\$ 368 mil no caso dos estudantes –, percebe-se que nem mesmo juízes deixaram de tomar decisões enviesadas. Isso porque todas as categorias de participantes não submetidas à âncora fixaram montantes indenizatórios médios menores (R\$ 145 mil no caso dos magistrados, R\$ 217 mil no caso dos bacharéis e R\$ 179 mil no caso dos estudantes), em comparação com aquelas submetidas.

Também em âmbito nacional, Nojiri (2021), adaptando o experimento de Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001) com simulação de causa envolvendo danos de acidente de trânsito, investigou os efeitos de ancoragem em pesquisa com 71 magistrados federais. Em vez de apresentar aos participantes versões com e sem âncora nos pedidos de uma das partes, esse estudo testou duas versões com diferentes âncoras geradas nas negociações entre autor e réu: em uma, as partes iniciavam as tratativas por R\$ 1,25 milhão; em outra, por R\$ 125 mil. No grupo exposto à primeira âncora, o valor médio atribuído a título de indenização foi de R\$ 1.210.606,00; no grupo exposto à segunda âncora, o montante médio foi de R\$ 854.571,00.

Há, portanto, numerosas evidências de que a ancoragem constitui significativo fator de influência na tomada da decisão judicial. Apesar disso, ressalvados os esforços de juristas para incorporar o estudo da ancoragem e, mais amplamente, das heurísticas e dos vieses no campo jurídico (FREITAS, 2013; TOMKOWSKI, 2017; COSTA, 2018; NUNES, LUD e PEDRON, 2018; HORTA, 2019), nota-se a escassez de experimentos sobre a temática no Brasil, considerando as particularidades decisórias do nosso sistema processual. Exceções são estudos

...

21 Embora o CPC/1973, vigente à época deste estudo, admitisse a formulação de pedido genérico de condenação na ação indenizatória fundada em dano moral, o CPC/2015 (art. 292, V) passou a exigir a quantificação do valor pretendido pelo autor.

de Leal e Ribeiro (2016 e 2018), que investigaram casos reais de fixação de indenizações por danos morais a consumidores em processos de Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro/RJ. No primeiro estudo, analisaram-se 1.102 processos com sentenças de procedência proferidas entre 2004 e 2015, correlacionando-se valor da causa com montante atribuído judicialmente (LEAL e RIBEIRO, 2016). Na segunda pesquisa, examinaram-se 524 processos com julgamentos de procedência entre 2011 e 2014, correlacionando-se pedido com valor deferido (LEAL e RIBEIRO, 2018). Embora as correlações tenham se mostrado baixas em geral – o que, para os autores, pode sugerir o uso de outras âncoras, como o tabeamento de danos morais –, em ambos os estudos foi constatada maior tendência de vinculação do juízo à âncora quando as partes pediram valores baixos ou “quebrados”. Como hipóteses explicativas, aventou-se que os magistrados podem ter maior confiança, respectivamente, nos montantes pedidos em causas de valores abaixo de 20 salários mínimos, teto legal para litigar sem advogado, ou quando o pedido demonstra esforço para quantificar com maior precisão os danos sofridos.

A literatura sobre a temática ainda carece de mais estudos no Brasil, considerando particularidades como nosso modelo de colegialidade, que, como visto, confere um papel de preponderância ao relator. Por isso, o experimento a seguir exposto, valendo-se de metodologia bastante replicada, busca contribuir para essa agenda de pesquisa no contexto do direito processual civil brasileiro.

3. UM EXPERIMENTO DE ANCORAGEM EM JULGAMENTOS COLEGIADOS

O experimento testou a hipótese de que a sistemática de julgamentos colegiados adotada pelo processo civil brasileiro, ao designar um julgador para relatar o caso e votar antes dos demais, tende a atribuir ao relator um papel decisivo em deliberações envolvendo quantificações de montantes indenizatórios, uma vez que seu voto constitui âncora relevante para balizar o resultado do julgamento.

O referencial empírico, a exemplo de outros estudos citados, consistiu na atribuição de indenização em julgamento simulado de caso cível de responsabilidade civil. Apesar de ser relevante o debate sobre a viabilidade de se estabelecer parâmetros objetivos para a quantificação de danos morais, a fim de promover maior segurança jurídica para julgamentos do tipo,²² a presente discussão restringe-se aos efeitos da ancoragem nos processos decisórios

...

22 Não obstante, pesquisa coordenada por Püschel (2011), após o exame de 1.044 acórdãos de diversos tribunais estaduais e federais, demonstrou a ausência de indícios de discricionariedade excessiva do Judiciário brasileiro na atribuição de indenizações por danos morais. Refutou, assim, a percepção bastante difundida de que haveria no Brasil uma “indústria do dano moral”, ao menos quanto a condenações em valores exorbitantes.

colegiados de nosso sistema processual civil, tendo como propósito suscitar reflexões sobre as disfunções e os rumos da colegialidade no Brasil.

3.1. METODOLOGIA

O experimento foi executado junto a estudantes de graduação e de pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Foram elaborados dois modelos de questionário (MQ5 e MQ50), simulando julgamento de recurso de apelação por câmara cível de tribunal de justiça. O caso apresentado, também fictício, versava sobre responsabilidade civil por erro médico. Em resumo, um médico, réu no processo, teria erroneamente atribuído diagnóstico de câncer a paciente, autor da ação, com base na constatação de sintomas triviais (dor de cabeça, náuseas e tonturas), sem tomar as mínimas providências recomendadas pela literatura médico-oncológica para tal conclusão (exames laboratoriais, de registros gráficos, endoscópicos e radiológicos). A sentença havia sido de improcedência, da qual o autor recorreu.

Em ambos os modelos de questionário, constava o voto do relator do recurso, escrito sinteticamente e estruturado nos termos da legislação processual civil – dividido em relatório, fundamentação e dispositivo (art. 489 do CPC/2015). O relator, diferentemente do magistrado de primeiro grau, considerava devida a condenação civil do médico ao pagamento de indenização por danos morais ao paciente. Havia uma única diferença entre os modelos de questionário: no MQ5, a quantia arbitrada pelo relator para indenização era de R\$ 5 mil; já no MQ50, era de R\$ 50 mil.

Cada participante, ao receber aleatoriamente apenas um desses questionários impressos – sua exclusiva fonte de informações para o julgamento, sem saber da existência do outro modelo e sem se comunicar com os outros participantes²³ –, deveria anonimamente responder à

...

É certo que a jurisprudência brasileira, por iniciativa do STJ, tem tentado objetivar esses parâmetros com a adoção do chamado método bifásico de fixação de indenizações por danos morais. Na primeira fase, parte-se de um valor-base para a indenização a partir de um conjunto de julgados semelhantes, que envolvem o mesmo interesse jurídico lesado; na segunda fase, verificam-se as circunstâncias do caso concreto, a fim de aumentar ou reduzir o valor-base obtido na fase anterior (MIRAGEM, 2015, p. 383-384). Sob a perspectiva aqui estudada, pode-se supor que esse valor-base seja assimilado pelo decisor como âncora, de modo a balizar sua tomada de decisão. Todavia, deve-se ter cautela com o uso de âncoras decorrentes de tarifação dos danos morais, sob pena de se prescindir da análise acurada dos casos concretos.

²³ Essas condições foram asseguradas pelos pesquisadores ao aplicarem presencialmente os questionários, o que ocorreu em 2016 nas turmas de graduação, e em 2017 nas turmas de pós-graduação. Apesar de elas não terem sido simultâneas, devido às diferenças entre os dias e os horários das turmas pesquisadas, considera-se que as chances de comunicação entre os participantes de turmas diferentes e/ou de ciência prévia sobre a pesquisa foram mínimas, pois não houve divulgação nem discussão sobre o experimento, para

pergunta “Se você fosse o(a) próximo(a) desembargador(a) a votar nesse caso, qual valor de indenização julgaria adequado?”, seguida de questionamentos sobre alguns fatores sociodemográficos.²⁴ Assim, por meio de um método de pesquisa quase experimental, os voluntários foram solicitados a exercer o papel de segundos julgadores do órgão colegiado que julgaria essa apelação cível, a partir de um ou de outro parâmetro inicial (R\$ 5 mil ou R\$ 50 mil).

Conforme Mussweiler, Englich e Strack (2004, p. 184), os efeitos da ancoragem podem ser verificados, com confiabilidade dos resultados, mediante uma amostragem mínima de 20 pessoas. O presente estudo foi bastante além em termos de amostragem: participaram, no total, 632 pessoas, todas estudantes vinculados à Faculdade de Direito da UFRGS. Desse universo de participantes, 500 eram alunos da graduação, situados entre o terceiro e o oitavo semestre do curso, e 132 eram alunos da pós-graduação, entre doutorandos, mestrandos, especializandos e bacharéis que acompanhavam as disciplinas. Algumas respostas pareceram indicar falta de interesse dos respectivos participantes, ou ofereciam parâmetros decisórios não quantificáveis para este estudo, sendo desconsiderados 23 questionários do tipo.²⁵

Este estudo apresenta limitações próprias à metodologia adotada: como experimento controlado, embora tenha a vantagem de mais facilmente isolar o fator de influência pesquisado, certamente não reproduz integralmente a realidade que se quer conhecer.²⁶ Apesar disso, acredita-se ter reproduzido satisfatoriamente um contexto frequentemente observado na prática forense: o de um julgamento colegiado de caso considerado “comum”, sem especial complexidade ou repercussão pública, no qual o julgador vogal, já sobrecarregado com outras

...

além do grupo de pesquisa em que ele foi realizado. Em cada turma, tanto para o docente, previamente contatado para autorizar a aplicação dos questionários durante sua aula, como para os discentes, era anunciado apenas que se tratava de estudo sobre danos morais. Por fim, assumindo-se a possibilidade de alunos integrarem mais de uma turma pesquisada – o que era menos provável nas turmas de graduação, por serem de períodos distintos, e mais provável nas turmas de pós-graduação, sem divisão por períodos –, era solicitado que alunos que já tivessem participado do experimento informassem tal condição ao receberem o questionário, para que se abstivessem de novamente respondê-lo. Foram identificados poucos casos de abstenção por esse motivo.

24 Além da questão principal, foram coletados os seguintes dados: idade, gênero, estágio acadêmico (graduação e a respectiva semestralidade ou pós-graduação), experiência profissional na área de direito civil, presença de médico na família, vivência de situação semelhante à do caso julgado e grau de segurança na resposta (1 a 10).

25 Por falta de interesse, foram desconsideradas respostas como “Não sei.”, “Faltam elementos para decidir.” e “R\$ 0.”. Já por ausência de parâmetros quantificáveis, foram desconsideradas respostas como “Valor equivalente a ‘x’ dias de trabalho do autor.”, “‘X’ vezes o valor do salário médio do médico.”, “O valor referente aos gastos com medicamentos.” e “Valor inferior/superior a R\$ 5.000,00/50.000,00”.

26 Sobre essa discussão metodológica, cf. Holleman *et al.* (2020).

tarefas, conta com significativa limitação de tempo e de informações para decidir, além daquelas constantes do relatório e do voto apresentados pelo relator.

3.2. RESULTADOS

Entre os 609 participantes com respostas computadas, dos quais 310 responderam ao MQ5 e 299 ao MQ50, a média de idade era de 24,86 anos (desvio-padrão = 7,77 anos). Em torno de 58% dos participantes eram do gênero feminino, 32% tinham familiar médico e 9% já haviam vivenciado situação semelhante à do caso do estudo. Em relação à experiência, 61% dos participantes já haviam realizado estágio ou trabalhado com direito civil. A distribuição dos participantes para os dois grupos (MQ5 e MQ50) foi relativamente proporcional, com a única diferença entre grupos sendo a experiência com direito civil ($\chi^2 = 7,16$, $p = 0,007$). Nesse caso, o grupo MQ50 tinha a menor quantidade de participantes sem experiência ($n = 98$). Apesar disso, não se verificou diferença nos valores das indenizações por nível de experiência.

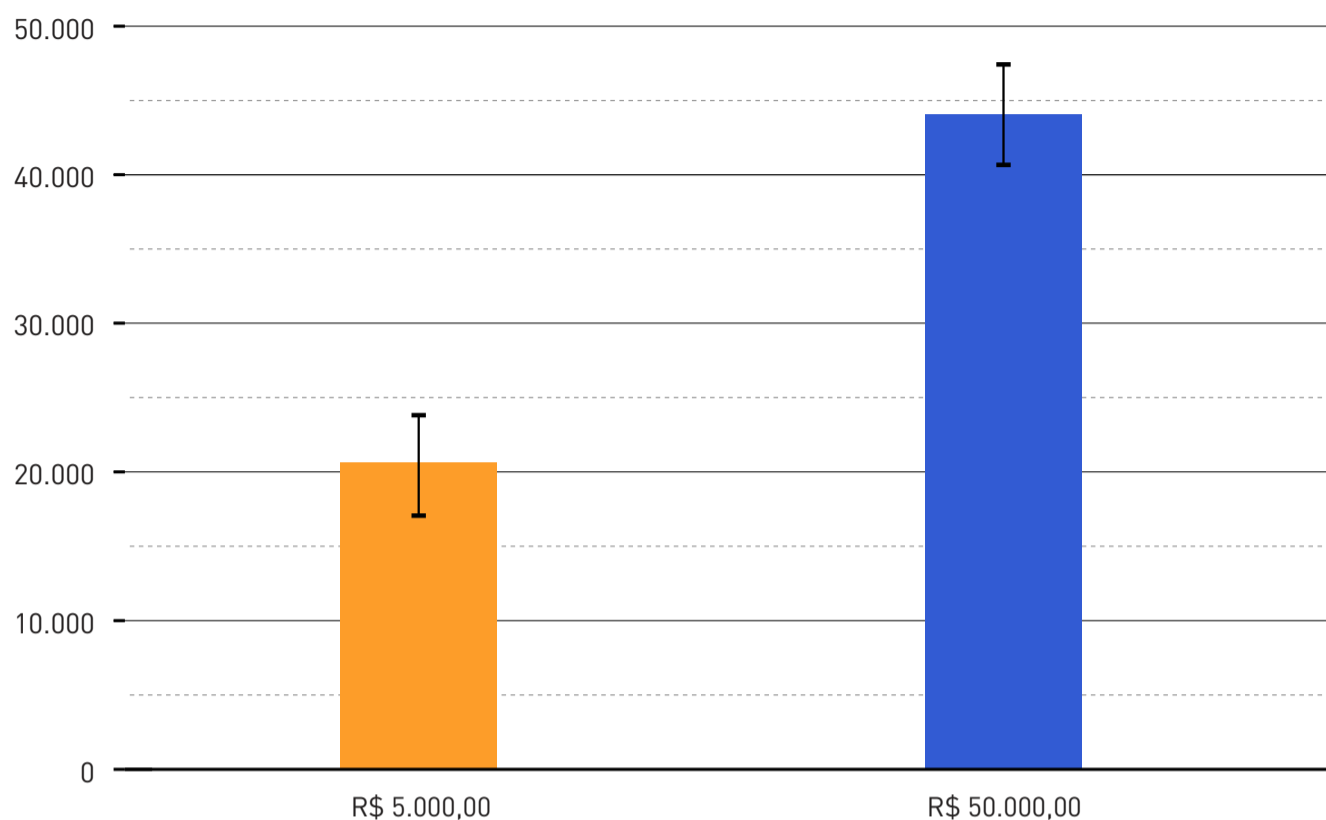
Quando a âncora foi baixa, no valor de R\$ 5.000,00 (MQ5), a média do valor das indenizações foi de R\$ 20.481,69 (DP = R\$ 65.430,81), e a mediana foi de R\$ 10.000,00. Com a âncora alta, de R\$ 50.000,00 (MQ50), a média do valor das indenizações foi de R\$ 44.126,22 (DP = R\$ 49.799,13), e a mediana foi de R\$ 30.000,00. Os resultados sugerem uma distribuição assimétrica dos dados, que foram normalizados a partir de uma transformação logarítmica para comparações subsequentes. Na nova distribuição, o grupo do MQ5 passou a ter média de 9,39 (DP = 0,87), e o grupo do MQ50, de 10,27 (DP = 0,95).

Uma Análise de Variância (ANOVA) Univariada para os dados normalizados foi realizada para comparar a diferença estatística entre as indenizações indicadas pelos participantes quando diante de âncoras baixas (MQ5) e altas (MQ50). Os resultados indicam que o primeiro voto, qualquer que fosse o valor apresentado a título de âncora (MQ5 ou MQ50), mostrou-se decisivo para influenciar o voto subsequente, $F(1,608) = 174,59$, $p < 0,001$. Em média, o grupo com âncora baixa indicou que a indenização deveria ser de R\$ 20.481,60 (DP = R\$ 65.430,81), valor mais baixo do que aquele do grupo com âncora alta, que atribuiu indenização de R\$ 44.126,22 (DP = R\$ 49.799,12).²⁷ O Gráfico 1 apresenta os resultados.

...

²⁷ Os dados normalizados têm média pouco interpretável, por isso os valores reais são apresentados no texto.

GRÁFICO 1 – VALOR MÉDIO DE INDENIZAÇÃO PARA CADA ÂNCORA*



* As barras indicam o erro-padrão.

Fonte: Elaboração própria.

As experiências prévias do decisor (estágio ou trabalho em direito civil, vivência de situação semelhante à do caso julgado e presença de médico na família) estatisticamente não influenciaram o montante indenizatório atribuído. Apesar de os participantes indicarem, em suas respostas, grau de segurança médio de 6,88 (DP = 2,28; escala de 1 a 10) – sem diferenças consideráveis na comparação entre os grupos (MQ5 e MQ50) –, verificou-se de modo geral o efeito de ancoragem a partir do valor fornecido inicialmente como âncora.

3.3. DISCUSSÃO

Os resultados obtidos, embora não conclusivos, dadas as limitações do experimento, fortalecem a hipótese de que o modelo de colegialidade adotado pelo direito processual civil brasileiro tende a atribuir ao relator um papel decisivo em deliberações envolvendo quantificações de montantes indenizatórios. Com base na literatura da Psicologia Cognitiva sobre julgamento e tomada de decisão, é possível supor que a simples circunstância de um julgador ser designado para relatar o caso e votar antes dos demais, em decisões desse tipo, torna o primeiro voto âncora relevante para balizar o resultado do julgamento – produzindo assim os chamados efeitos de ancoragem. Em tal perspectiva, o voto do relator tenderia a ser considerado pelos vogais uma informação ou um conjunto de informações a serem ajustadas para formularem

seus próprios votos, frequentemente prevalecendo, ou sendo ajustadas de modo insuficiente, em detrimento de outras opções decisórias possíveis.

Trata-se de evidência preliminar, obtida de experimento controlado, que pode se somar a evidências frutos de pesquisas empíricas sobre os processos decisórios do STF, indicando que o voto do relator, no sistema processual brasileiro, possivelmente tem peso maior do que os demais votos (OLIVEIRA, 2012a e 2012b; SUNDFELD e SOUZA, 2012; SILVA, 2015; ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016; MEDINA, 2016). Também se assume como provável a hipótese de que, nesse aspecto, deve-se distinguir os casos considerados “comuns” daqueles mais complexos ou de maior repercussão pública, nos quais a prevalência do primeiro voto, sobretudo no âmbito do STF, parece ser menos significativa, dada a tendência de maior atenção dos demais julgadores²⁸ (SILVA, 2015 e 2016). Todavia, considerando que os casos “comuns” são a maioria, principalmente em tribunais locais, referencial do experimento aqui realizado, não deixa de ser relevante desenvolver uma agenda de pesquisa sobre a preponderância do papel do relator nos processos decisórios colegiados do direito processual civil brasileiro.

Além disso, as conhecidas correlações negativas entre sobrecarga de trabalho e dissenso nas decisões colegiadas (PETERSON, 1981; EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2011; ROSEVEAR, HARTMANN e ARGUELHES, 2015) são compatíveis com a hipótese de uma elevada probabilidade de incidência de automatismos como a ancoragem nos julgamentos colegiados dos tribunais brasileiros. É plausível supor que um contexto de massificação de julgamentos como o nosso, com poucos incentivos para os vogais analisarem minuciosamente os casos além de sua própria relatoria, tenda a gerar processos decisórios mais rápidos e automáticos (*i.e.*, menos baseados em reflexão) (KAHNEMAN, 2003 e 2011) e, por conseguinte, maior probabilidade de aceitação do voto daquele julgador que, em tese, estudou mais o caso em análise – o relator. Em certa medida, o experimento aqui realizado buscou simular um cenário com significativa limitação de tempo e de informações disponíveis para decidir, conforme se acredita ocorrer frequentemente em nossa prática forense.

Futuros experimentos, considerando as particularidades do modelo brasileiro de colegialidade, podem averiguar a incidência de ancoragem em decisões que envolvem montantes

• • •

28 Os ministros do STF relatam que, nos casos de maior repercussão pública, cada julgador tende a levar seu voto já pronto para a sessão de julgamento e dificilmente modifica seu entendimento, independentemente da posição do primeiro a votar (SILVA, 2015). Nesses casos, os votos, embora em tese mais refletidos, podem, por hipótese, ser mais suscetíveis a outras âncoras, diferentes do voto do relator. Nos demais casos, a prática de o voto do relator não ser previamente conhecido pelos demais ministros, no STF, não parece afastar a sua influência quando do julgamento, haja vista práticas frequentes como a remissão das razões de decidir coletivas ao voto do relator (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016) e o baixo índice de decisões proferidas após debate presencial e análise específica dos casos (PEREIRA, ARGUELHES e ALMEIDA, 2020).

indenizatórios, a partir do voto do relator, em contextos reais. Também podem investigar tais efeitos em decisões de outros tipos além de montantes indenizatórios, pois, como visto, trata-se de fenômeno incidente não apenas em estimativas (CHAPMAN e BORNSTEIN, 1996). Além disso, outros automatismos e vieses cognitivos podem ser cogitados a partir do primeiro voto, sendo exemplos aqueles estudados por Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001).²⁹ Do mesmo modo, merecem investigação outros fatores de desestímulo para a divergência entre os julgadores, como orientações políticas (OLIVEIRA, 2012a e 2012b) e relações pessoais (SILVA, 2015).

Também não se ignora que outras fontes de ancoragem possam ser investigadas como fatores de influência para a formação da decisão colegiada. Pode-se pensar, por exemplo, na decisão recorrida, no pedido da parte, no parecer do Ministério Público, em parâmetros fixados por precedentes judiciais ou pela jurisprudência, como o tabelamento de danos morais, ou mesmo em contatos privados ocorridos entre advogados e magistrados antes das sessões de julgamento.³⁰ De modo mais amplo, é viável cogitar a incidência, nos processos decisórios colegiados, de outros automatismos e vieses cognitivos sistematicamente induzidos por normas ou institutos do direito processual civil brasileiro.³¹

Quanto à ancoragem, embora ela seja, em maior ou menor medida, inevitável em processos decisórios humanos, pode-se adotar certas estratégias individuais para mitigar os seus efeitos diante de situações nas quais sua ocorrência seja mais provável.³² Identificar tais situações tende a levar a raciocínios mais reflexivos e tomadas de decisão mais ponderadas, inclusive em decisões judiciais – nas quais não é viável, nem desejável, eliminar completamente os automatismos.³³ A questão principal, aqui, envolve um possível enviesamento sistemático das decisões colegiadas, estimulado pelo próprio sistema processual civil brasileiro. Embora o modelo de julgamentos colegiados abstratamente atribua pesos iguais aos votos dos seus integrantes, na prática, parece se verificar peso maior conferido à manifestação do relator. Duas ressalvas merecem ser feitas, no entanto.

Em primeiro lugar, não se está a sustentar que a tomada da decisão judicial seja um fenômeno explicável apenas por meio de variáveis psicológicas, o que equivaleria a retomar pautas

• • •

²⁹ Nesse estudo, foram investigadas influências, na decisão judicial, de outros fenômenos psicológicos além da ancoragem, como o efeito de enquadramento, o viés retrospectivo, a heurística da representatividade e o viés egocêntrico.

³⁰ Para evidências sobre esses contatos privados, cf. Lupetti Baptista (2008, p. 284-290; 2013, p. 235-242).

³¹ Cf. Freitas (2013); Tomkowski (2017); Costa (2018); Nunes, Lud e Pedron (2018); e Horta (2019).

³² Cf. Kahneman (2011, p. 28).

³³ Cf. Posner (2008, p. 93-121).

preconizadas pelo Realismo Jurídico norte-americano.³⁴ Mesmo assim, deve-se reconhecer o hoje promissor diálogo do Direito, em geral, e do direito processual civil, em particular, com outros ramos do conhecimento humano, a fim de melhor se compreender o funcionamento dos fenômenos jurídicos – como os processos decisórios dos juízes – e adequadamente diagnosticar disfunções que não poderiam ser constatadas a partir de estudos estritamente dogmáticos. Isso viabiliza a adoção de medidas, sobretudo legislativas, idôneas a mitigar essas disfunções ou, até mesmo, a corrigi-las, a fim de que, em última análise, se promova maior segurança jurídica. Para tanto, importa não só o estudo do contexto de justificação da decisão judicial, mas também o seu contexto de descoberta.³⁵

Em segundo lugar, ao se atentar criticamente para a possível tendência de o voto do relator, na prática, ter peso maior do que o dos votos dos demais julgadores em nossa sistemática de julgamentos colegiados, não se está a afirmar que uma decisão tomada sob divergência seja ontologicamente “melhor” do que uma decisão unânime. Acompanhar o relator não significa necessariamente decidir com base em pouca reflexão. Do mesmo modo, divergir não é sinônimo de contribuir mais para a decisão colegiada, até porque, como observa Mendes (2013, p. 130, tradução nossa), a colegialidade fica em xeque quando um juiz, “embora tenha cuidadosamente estudado o caso e elaborado razões bem refletidas para decidir, não sente responsabilidade alguma em interagir e comunicar-se com seus colegas”. O que se quer evidenciar é que o modelo de colegialidade estabelecido em nossa prática forense parece resultar em uma desequilibrada distribuição de poderes entre os julgadores, em contraste com o modelo idealmente preconizado pelo sistema processual civil, e que provavelmente incentiva a incidência de automatismos (heurísticas) e vieses cognitivos que, embora não necessariamente levem a decisões “equivocadas”, descaracterizam ou diminuem o seu caráter colegiado.

...

³⁴ O Realismo Jurídico norte-americano teve como um de seus motes a crítica à teoria do silogismo judicial, contestando a estrutura decisória de aplicação da norma ao fato e de verificação dos fatos alegados em juízo (TARUFFO, 2015, p. 103-105). Para os realistas estadunidenses, as razões enunciadas na fundamentação da decisão judicial não corresponderiam aos reais motivos considerados pelo magistrado ao decidir – sendo, inclusive, irrelevantes como estrutura racional de discurso justificativo, pela sua incapacidade de captar a integralidade do processo decisório, este suscetível à influência dos mais variados fatores extrajurídicos. O movimento é objeto de inúmeras críticas, como as do juiz estadunidense Kozinski (1993), para quem uma boa noite de sono ou um bom café da manhã – suscitado pelos realistas na célebre frase “a justiça é o que o juiz comeu no café da manhã” – seriam fatores de influência frívolos na tomada da decisão judicial. Certo é que, ao aventar inúmeros fatores de influência extrajurídicos que acometeriam esse decidir, o Realismo não embasara cientificamente tais proposições, tampouco propusera soluções concretas para um maior controle do processo decisório do juiz e, por conseguinte, para a promoção de maior segurança jurídica – mesmo porque, para os realistas, o próprio Direito, por natureza, seria objeto de máxima insegurança (FRANK, 1949, p. 5).

³⁵ Cf. Struchiner (2018) e Scarparo (2021).

Dito isso, a agenda de pesquisa empírica sobre o tema é bastante diversificada, seja para experimentos em contextos simulados, seja para estudos de contextos reais. Nela há muito potencial para identificar diversas disfuncionalidades da atual sistemática brasileira de julgamentos colegiados – tanto no processo civil, foco do presente estudo, como em outros ramos, a exemplo do processo penal. Identificando tais disfunções, viabiliza-se um melhor embasamento em dados da realidade para repensar e aprimorar tal sistemática. A seguir, indicam-se brevemente possíveis pontos de reflexão para posterior debate em sede de estudos dogmáticos ou de políticas legislativas.

Relativamente à *distribuição de poderes* entre os membros dos órgãos jurisdicionais colegiados, pode-se analisar criticamente a exclusão, pelo CPC/2015, da figura do *revisor*, prevista no CPC/1973 (art. 551) e no CPC/1939 (art. 874). Ainda que, com o passar das décadas, a função de revisão tenha sido cada vez mais restringida a ponto de restar quase esvaziada,³⁶ sua supressão pelo atual código não deixou de representar um reforço do já preponderante papel do relator. Considerando ser corriqueiro que, em processos decisórios desse tipo, um julgador se atenha mais detalhadamente aos autos (o relator) e os demais só tenham contato mais aprofundado com a causa durante a sessão de julgamento (os vogais) (LUPETTI BAPTISTA, 2008), pode ser profícuo cogitar a retomada da função de revisão ou até mesmo novos modos de redistribuição de poderes entre os integrantes do colegiado, a fim de estimular maior participação de todos os julgadores na formação da decisão.

Outra possível problematização diz respeito aos *debates orais* ocorridos durante as sessões de julgamento (art. 937 do CPC/2015) e à sua possível tendência em contribuir para a prevalência do primeiro voto. Uma vez que há muito tempo se estabeleceu em nossos tribunais a prática de os votos dos relatores serem elaborados previamente às sessões de julgamento (LUPETTI BAPTISTA, 2008), a parte que pretende sustentar oralmente posição contrária à do relator, em tese ainda não anunciada, frequentemente se depara com uma difícil missão: a de tentar, mediante uma fala de poucos minutos, convencer os vogais inicialmente inclinados a acompanharem o primeiro voto a divergirem ou ao menos a pedirem vista, em contexto de massificação de julgamentos que pressiona para a resolução do caso naquele instante e oferece cada vez menos incentivos para a divergência. A dificuldade é tal que cabe aos advogados, muitas vezes, buscar dissuadir os vogais da proposta de julgamento escrita pelo relator, sem nem sequer conhecerem seu teor. Diante desse panorama, podem ser rediscutidos os usos da oralidade nessa fase processual, para que ela influencie mais na formação do convencimento judicial.³⁷

• • •

³⁶ A revisão, no CPC/1939, justificava-se pelo difícil acesso simultâneo aos autos pelos julgadores. Dita função perdeu em parte esse propósito, o que foi alvo de crítica dogmática (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 637), e foi restringida com as Leis n. 6.830/1980, 8.038/1990 e 8.950/1994. Atualmente, persiste na ação rescisória, na ação penal originária e na revisão criminal no STJ (art. 40 da Lei n. 8.038/1990).

³⁷ Para uma apreciação crítica, cf. Gawski (2020).

Por fim, a própria *forma de tomada dos votos* pode ser objeto de questionamento. Considerando que a atual sistemática estabelece uma ordem de votação na qual é provável que o primeiro voto tenda a balizar o resultado do julgamento, pode-se pensar, de um lado, em sistemáticas nas quais os votos sejam preliminarmente proferidos de modo independente, cada qual elaborado sem prévio acesso aos demais, para que posteriormente sejam aglutinados em um voto único. De outro lado, podem-se cogitar sistemáticas em que a redação da decisão só ocorra após debate entre os integrantes do colegiado. Em qualquer dos casos, poderia permanecer sob o relator a função de ao final sintetizar, no acórdão, os pontos de convergência e de divergência do órgão colegiado para aquele julgamento, de modo a substituir, ao menos em parte, o atual modelo *seriatim* por um modelo *per curiam*.

A importância da discussão sobre propostas de eventuais reformas legislativas como essas está em modificar o que hoje parece vigorar no direito processual civil brasileiro como uma colegialidade formal, aquela que, apesar da aparência e do rito de julgamento colegiado, na maioria das vezes equivale a um julgamento monocrático. Em última análise, a instituição de uma colegialidade material – aquela que, por seu turno, concretiza maior segurança das decisões, reforço da cognição, garantia da independência dos julgadores e contenção do arbítrio individual – pode contribuir, inclusive, para a mitigação de outros automatismos e vieses além da própria ancoragem, provocados não só pelo voto de um dos julgadores, mas também por fontes de enviesamento como outros sujeitos do processo ou certos mecanismos processuais.³⁸

CONCLUSÕES

Embora a colegialidade, em tese, seja destinada a promover maior segurança às decisões judiciais – além de reforçar a cognição, garantir a independência dos julgadores e conter o arbítrio individual –, a atual sistemática de julgamentos colegiados no direito processual brasileiro parece resultar em desequilibrada distribuição de poderes entre os julgadores. Isso porque, além de se verificar progressivo aumento das atribuições do relator e de massificação dos julgamentos nas últimas décadas, entre nós vem se desenvolvendo literatura que evidencia a prevalência do voto do relator nas decisões colegiadas. Além disso, há estudos, sobretudo em âmbito internacional, que indicam correlação negativa entre sobrecarga de trabalho e divergência nos órgãos jurisdicionais colegiados. Para explicar tal panorama, aportes da Psicologia Cognitiva sugerem a provável incidência, nesses processos decisórios, de automatismos (*i.e.*, heurísticas) institucionalmente estimulados – sendo exemplo a ancoragem, objeto deste estudo.

• • •

³⁸ Sobre o *debiasing* em decisões colegiadas, cf. Nunes, Lud e Pedron (2018, p. 234-260).

O experimento produziu evidência, ainda que preliminar, de que a sistemática de julgamentos colegiados adotada pelo processo civil brasileiro, ao designar um julgador para relatar o caso e votar antes dos demais, pode atribuir ao relator um papel decisivo em deliberações que envolvam quantificações de montantes indenizatórios, contexto em que sua manifestação funcionaria como âncora relevante para balizar o resultado do julgamento. Em tal perspectiva, o primeiro voto tenderia a ser considerado pelos vogais uma informação ou um conjunto de informações a serem ajustadas para formularem seus próprios votos, frequentemente prevalecendo, ou sendo ajustadas de modo insuficiente, em detrimento de outras opções decisórias possíveis.

Ainda que um experimento controlado possa mais facilmente isolar o fator de influência pesquisado, há limitações próprias à metodologia adotada, entre elas a dificuldade de reprodução de contextos reais, em que outras informações podem funcionar como âncora. Futuros estudos podem investigar os efeitos de ancoragem em decisões relativas a montantes indenizatórios, a partir do voto do relator, nesses contextos. Novos estudos também podem averiguar tal fenômeno em decisões colegiadas de outros tipos além de indenizações, bem como outros automatismos e vieses cognitivos podem ser investigados a partir do primeiro voto. A problemática ora exposta afigura-se idônea a suscitar o debate sobre as disfunções e os rumos da colegialidade no direito processual civil brasileiro. Entre outros, três pontos de reflexão podem ser cogitados com vista à promoção de uma colegialidade material e não apenas formal: (i) a redistribuição de poderes entre os membros dos órgãos colegiados, (ii) a rediscussão sobre os usos da oralidade nos tribunais e (iii) a reformulação da forma de tomada dos votos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. O delegacionismo no STF: uma tréplica a Virgílio Afonso da Silva. *Revista de Estudos Institucionais*, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 1393-1422, 2017.

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos Termos do Voto do Relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. *Revista de Estudos Institucionais*, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 263-297, 2016.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei n. 9.756 em matéria de recursos cíveis. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, [s.l.], n. 52, p. 25-35, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, [s.l.], v. 8, n. 5, p. 225-249, 1994.

BRUST-RENCK, Priscila; WELDON, Rebecca; REYNA, Valerie. Judgment and Decision Making. In: PICKREN, Wade (org.). *Oxford Research Encyclopedia of Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2021, v. 1. p. 1-30.

CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos: art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHAPMAN, Gretchen; BORNSTEIN, Brian. The More You Ask for, the More You Get: Anchoring in Personal Injury Verdicts. *Applied Cognitive Psychology*, [s.l.], v. 10, n. 6, p. 519-540, 1996.

CHAPMAN, Gretchen; JOHNSON, Eric. Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgements of Belief and Value. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (orgs.). *The Psychology of Intuitive Judgment*. Nova York: Cambridge University Press, 2002. p. 120-138.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas. Sentencing under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom. *Journal of Applied Social Psychology*, [s.l.], v. 31, p. 1535-1551, 2001.

ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, 2006.

EPLEY, Nicholas; GILOVICH, Thomas. The Anchoring-and-Adjustment Heuristic: Why the Adjustments Are Insufficient. *Psychological Science*, [s.l.], v. 17, n. 4, p. 311-318, 2006.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William; POSNER, Richard. Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Journal of Legal Analysis*, [s.l.], v. 3, n. 1, p. 101-137, 2011.

FELDMAN, Yuval; SCHURR, Amos; TEICHMAN, Doron. Anchoring Legal Standards. *Journal of Empirical Legal Studies*, [s.l.], v. 13, n. 2, p. 298-329, June 2016.

FERRAZ, Leslie Shérica. Decisão monocrática e agravo interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: uma análise empírica. *Revista da Ajuris*, [s.l.], v. 41, n. 136, p. 295-320, 2014.

FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1949.

FREDERICK, Shane; KAHNEMAN, Daniel; MOCHON, Daniel. Elaborating a Simpler Theory of Anchoring. *Journal of Consumer Psychology*, [s.l.], n. 20, p. 17-19, 2010.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, [s.l.], v. 40, n. 130, p. 223-244, 2013.

GALINSKY, Adam; MUSSWEILER, Thomas. First Offers as Anchors: The Role of Perspective-Taking and Negotiator Focus. *Journal of Personality and Social Psychology*, [s.l.], v. 81, n. 4, p. 657-669, 2001.

GAWSKI, Martín Barcellos. Desnaturalizando o disfuncional: fundamentos e disfunções das sustentações orais nos tribunais brasileiros. In: SCARPARO, Eduardo. *Ensaio de retórica forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 224-263.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, [s.l.], v. 86, p. 777-830, 2001.

HANS, Valerie; HELM, Rebecca; REYNA, Valerie. From Meaning to Money: Translating Injury into Dollars. *Law and Human Behavior*, [s.l.], v. 42, n. 2, p. 95-109, 2018.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 268-283, 2015.

HOLLEMAN, Gijs *et al.* The “Real-World Approach” and Its Problems: A Critique of the Term Ecological Validity. *Frontiers in Psychology*, [s.l.], v. 11, p. 1-12, 2020.

HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na tomada de decisão judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 83-122, dez. 2019.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KAHNEMAN, Daniel. A Perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality. *American Psychologist*, [s.l.], v. 58, n. 9, 2003, p. 697-720, 2003.

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (orgs.). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Nova York: Cambridge University Press, 1982.

KALIL, Lisiane Lindenmeyer. *Julgamento e tomada de decisão no âmbito jurídico: uma abordagem da Psicologia Cognitiva*. 2005. 92 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

KOZINSKI, Alex. What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making. *Loyola of Los Angeles Law Review*, [s.l.], v. 26, n. 4, p. 993-999, 1993.

LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 777-799, 2018.

LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016.

LEBOEUF, Robyn; SHAFIR, Eldar. The Long and Short of It: Physical Anchoring Effects. *Journal of Behavioral Decision Making*, [s.l.], v. 19, n. 4, p. 393-406, 2006.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os ritos judiciários e o princípio da oralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. XV.

MEDINA, Damares. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MUSSWEILER, Thomas. The Durability of Anchoring Effects. *European Journal of Social Psychology*, [s.l.], v. 31, n. 4, p. 431-442, 2001.

MUSSWEILER, Thomas; ENGLISH, Birte; STRACK, Fritz. Anchoring Effect. In: POHL, Rüdiger (org.). *Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*. Hove: Psychology Press, 2004. p. 183-200.

NOJIRI, Sergio. *Emoção e intuição: como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

NORTHCRAFT, Gregory; NEALE, Margaret. Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, [s.l.], v. 39, p. 84-97, 1987.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, nov. 2012a.

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

PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. *Quem decide no Supremo? Tipos de decisão colegiada no tribunal (1988-2018)*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2020.

PETERSON, Steven. Dissent in American Courts. *The Journal of Politics*, [s.l.], v. 43, n. 2, p. 412-434, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 808-852*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960. t. XI.

POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

PÜSCHEL, Flavia Portella (coord.). *A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência*. São Paulo: Ministério da Justiça, 2011.

RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew; GUTHRIE, Chris. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences. *Indiana Law Journal*, [s.l.], v. 90, p. 695-739, 2015.

RAITZ, Allan *et al.* Determining Damages: The Influence of Expert Testimony on Juror's Decision Making. *Law and Human Behavior*, [s.l.], v. 14, n. 4, p. 385-395, 1990.

REYNA, Valerie *et al.* The Gist of Juries: Testing a Model of Damage Award Decision Making. *Psychology, Public Policy, and Law*, [s.l.], v. 21, n. 3, p. 280-294, 2015.

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

ROSEVEAR, Evan; HARTMANN, Ivar Alberto; ARGUELHES, Diego Werneck. Disagreement on the Brazilian Supreme Court: An Exploratory Analysis. 2015. Disponível em: ssrn.com/abstract=2629329. Acesso em: 10 set. 2020.

SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio. *Revista Estudos Institucionais*, [s.l.], v. 3, n. 1, p. 475-524, 2017.

SCARPARO, Eduardo. *Retórica forense: história, argumentação e invenção retórica*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. *Revista de Estudos Institucionais*, [s.l.], v. 2, n. 2, p. 648-669, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015.

SLOVIC, Paul. The Relative Influence of Probabilities and Payoffs upon Perceived Risk of a Gamble. *Psychonomic Science*, [s.l.], v. 9, p. 223-224, 1967.

SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012.

STANOVICH, Keith; WEST, Richard. Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate? *Behavioral and Brain Sciences*, [s.l.], v. 23, p. 645-726, 2000.

STRACK, Fritz; MUSSWEILER, Thomas. Explaining the Enigmatic Anchoring Effect: Mechanisms of Selective Accessibility. *Journal of Personality and Social Psychology*, [s.l.], v. 73, n. 3, p. 437-446, 1997.

STRUCHINER, Noel. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação judicial. In: REIS, Isaac (org.). *Diálogos sobre retórica e argumentação*. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 43-59.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões*. In: VOJVODIC, Adriana et al. (org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 75-116.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 11-34.

TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. Judicial Decision-Making: A Behavioral Perspective. In: TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal (orgs.). *The Oxford Handbook of Behavioral Law Economics and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 664-702.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Lei 9.756/98 e suas inovações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, p. 5-8, jan./mar. 1999.

TEOVANOVIĆ, Predrag. Individual Differences in Anchoring Effect: Evidence for the Role of Insufficient Adjustment. *Europe's Journal of Psychology*, [s.l.], v. 15, n. 1, p. 8-24, 2019.

TOMKOWSKI, Fábio Goulart. *Direito tributário e heurísticas*. São Paulo: Almedina, 2017.

TONETTO, Leandro Miletto *et al.* O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 23, n. 2, p. 181-189, 2006.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, [s.l.], v. 185, n. 4.157, p. 1124-1131, 1974.

WILSON, Timothy *et al.* A New Look at Anchoring Effects: Basic Anchoring and Its Antecedents. *Journal of Experimental Psychology*, [s.l.], v. 125, n. 4, p. 387-402, 1996.

WISTRICH, Andrew; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey. Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, [s.l.], v. 153, p. 1251-1345, 2005.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GAWSKI, Martín Barcellos; BRUST-RENCK, Priscila Goergen; SCARPARO, Eduardo. O voto do relator vale mais? Ancoragem em julgamentos colegiados. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2223. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202223>

Mártin Barcellos Gawski

MESTRE E GRADUADO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS). PESQUISADOR VINCULADO AOS GRUPOS DE PESQUISA UFRGS-CNPq "PROCESSO E ARGUMENTO" E "DIREITO E SOCIEDADE". FOI BOLSISTA DA PRÓ-REITORIA DE PESQUISA (PROPESQ) DA UFRGS. ADVOGADO EM PORTO ALEGRE, RIO GRANDE DO SUL.

martingawski@gmail.com

Priscila Goergen Brust-Renck

DOUTORA EM PSICOLOGIA DO DESENVOLVIMENTO PELA CORNELL UNIVERSITY. PROFESSORA ASSISTENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PSICOLOGIA DA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS).

pri.renck@gmail.com

Eduardo Scarparo

DOUTOR EM DIREITO. PROFESSOR ADJUNTO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS). PROFESSOR PERMANENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD) DA UFRGS. MEMBRO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (IBDP). LÍDER DO GRUPO DE PESQUISA UFRGS-CNPq "PROCESSO E ARGUMENTO". ADVOGADO EM PORTO ALEGRE, RIO GRANDE DO SUL.

scarparo@ufrgs.br

Social Justice as a Principle of Social Security

JUSTIÇA SOCIAL COMO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA SOCIAL

Olha Kuchma¹

Abstract

The purpose of this paper is to determine the impact of social justice on the volume, types, and amount of social security in the distribution of benefits in society. This study approaches the direction of social policy in the state and the place of social justice in the priorities of legislative activity. Failure to keep a balance between the interests of different classes of the population leads to confrontation in society and conflicts with the authorities. The state is constantly facing challenges that require a review of traditional social security conditions. Deteriorating demographic situation and other reasons that affect the amount of funding for the social sphere are forcing authorities to make unpopular decisions that worsen the conditions of social security. Therefore, the principle of social justice and the principle of legitimate expectation must be observed when changing the legislation in the field of social security. This article proposes the definition of the compensation coefficient in legislation, and its amount should be set in a bill to amend the legislation in the field of social security. This paper also focuses on the problem of social justice in providing social security to migrants.

Keywords

Social justice; social policy; migrants; social security; compensation coefficient.

Resumo

Este artigo tem por objetivo determinar o impacto da justiça social sobre o volume, os tipos e o tamanho da previdência social na distribuição de benefícios na sociedade. São examinados os rumos da política social no Estado e o lugar da justiça social entre as prioridades da atividade legislativa. A falta de equilíbrio entre os interesses de diferentes segmentos da população leva ao confronto na sociedade e a conflitos com as autoridades. O Estado enfrenta constantemente desafios que exigem uma revisão das condições tradicionais de segurança social. A deterioração da situação demográfica, entre outros motivos que afetam o montante do financiamento na esfera social, obriga a tomar decisões impopulares que agravam as condições da previdência social. Portanto, é importante que o princípio da justiça social e o princípio da legítima expectativa sejam observados ao se alterar a legislação no que diz respeito à segurança social. O artigo propõe a definição legislativa do coeficiente de indenização, cujo valor deverá constar no projeto de lei que altera as leis vigentes da área previdenciária. Também tem como foco o problema da justiça social ao prover seguridade social aos migrantes.

Palavras-chave

Justiça social; política social; migrantes; segurança social; coeficiente de compensação.

¹ Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine
<https://orcid.org/0000-0002-2206-3286>



INTRODUCTION

The well-being of each person depends both on their personal actions and on the legislative field, which provides a legal assessment of a person's actions and determines the legal consequences of these actions. Legislation, including the one regarding social security, is based on principles, and one of them is the principle of social justice. Today, our planet is experiencing many upheavals, from environmental to political ones. And despite external and internal factors, such as pandemics, people constantly need to meet basic needs and other ones as well, and the state is obliged to regulate legal relations qualitatively and ensure social security for the population. The study of social justice's impact on the distribution of benefits in society while implementing social security for various social strata is relevant today. It is unrealistic to consider all the factors and invent a panacea for all problems in a single publication, but it is possible to consider some aspects of social justice's impact on the volume, types, and amount of social security in the distribution of benefits in society, namely through the differentiation of security according to criteria such as the distribution of benefits among the native population and migrants, and the dependence of a person's future social security on further changes in legislation regarding the conditions for receiving it.

The phenomenon of "social justice" (sociology, psychology, philosophy, economics, law, etc.) has been studied in diverse scientific literature. John Rawls (2010, p. 267) formulated two principles of justice and two rules of priority. The first principle defines that every individual should have an equal right to the most general system of equal fundamental freedoms, compatible with similar systems of freedoms for all people. The second principle draws attention to the fact that social and economic inequalities must be organized in such a way that they both lead to the greatest benefit for the least successful, under the principle of fair savings, and make jobs and positions available for all in conditions of fair equality of opportunity. The first rule of priority determines the priority of freedom, noting that the principles of justice must be arranged in lexical order so that fundamental freedoms can be limited only in the name of freedom itself. Rawls also distinguishes two cases: 1. fewer broad freedoms should strengthen the whole system of freedom, which is shared by all; and 2. unequal freedom should be acceptable for citizens who have little freedom. Rawls defines the second priority rule as the priority of justice over efficiency and well-being. In this case, the second principle of justice lexically precedes the principle of efficiency and the principle of maximizing the number of benefits; and fair equality of opportunity precedes the principle of difference. In the second rule of priority, Rawls also distinguishes two cases: 1. inequality of opportunity should increase the opportunities of people with fewer opportunities; 2. an excessive rate of savings should ultimately reduce the burden on those upon whom it rests.

In the article "Social orientation of policy and opportunities for the advanced economic development of Ukraine" it is appropriate to mention Nancy Fraser's book *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, in which she emphasizes that

justice is to take into account two dimensions: distribution/redistribution (which allows maintaining social status) and the benefits of the policy of recognition of differences. Justice in society is to ensure, first, through the redistribution of material resources, that all adult members of society have economic independence and the right to vote. Second, institutionalized cultural and value models must provide all members of society with equal respect and equal opportunities for public respect. (MOSKALENKO, 2015, p. 83, translated)

Undoubtedly, social justice in the distribution of benefits should take into account the differences between the subjects who receive social benefits and equal opportunities for obtaining these benefits. For example, equal access to a profession that makes it possible to obtain an increased level of social security, the absence of discrimination based on gender, race or religion, etc. in employment, while the presence of an increased level of social security does not contradict the principle of social justice, because each individual had equal opportunities to acquire the conditions for an increased level of social security.

Galbraith (1997) takes the view that progressive taxation should play a key role in ensuring that equal income distribution becomes a fundamental principle of modern public policy in a fair society. He also draws attention to the fact that it is appropriate to empower and ensure the protection of the state for those who are not in power because, in a market economy, power is naturally concentrated in the hands of the employer. According to Galbraith, the basic principle should be the right of workers to defend their power as opposed to the power of employers. Employees who come together to increase their income and improve their working conditions must have the same broad state support as individuals and organizations that come together in a corporation to invest.

Unfortunately, employees remain weaker in their relationship with employers. They are more dependent on the job they may lose than employers are on the employees they may also lose. The inability to negotiate on equal terms with the employer (the only exceptions are some employees who can offer or dictate their terms to the employer, but this does not significantly affect the situation in general) leads to the fact that employees are forced to agree to conditions that do not contribute to their social security in the future as employers attempt to reduce deductions of taxes and fees to the budget and social funds by underestimating the official salary. (An unofficial supplement from which taxes and contributions are not paid will not be taken into account when providing social security in the future.) There are also cases of shadow employment, which is the subject of a separate study.

A balanced state policy to ensure social justice has positive consequences not only for social security but also for the development of the country.

L.M. Gerasina and V.I. Misyutina (2012, p. 269) in the article “Implementation of the principle of social justice in Ukraine: socio-legal area” focused on Lothar Witte’s work entitled “European social model and social cohesion: what role does it play in the EU?” which states that

“social justice and social equalization can benefit economic development, they are not a purely costly factor. And vice versa, economic development must benefit social equalization.”

Mishchuk and Samolyuk (2018, p. 61 and 69) note that the socio-economic successes of developed countries proves the effectiveness of such a vector of development as socially oriented concepts of justice with flexible government regulation of tax, monetary and other levers of state influence the labor market, educational services, distribution of income and other benefits. The authors also emphasize that subjective factors affect the understanding of justice, but there is no doubt that the unconditional guarantee and observance of human rights in the civilized world must be present at least at a basic level.

One of the factors that affect social justice is the unexpected migration of a significant number of people who will apply for social security. Due to their high number, they create difficulties for their country of destination while seeking both transit and permanent residence.

In the same article, the authors also quoted Joseph Stiglitz, who said: “In the interests of social justice, basic rights must be complemented by economic rights [...] Greater equality of opportunity means that the country will make better use of its basic human resources, providing everyone with the conditions to make full use of their own potential [...] to increase the efficiency and equality of distribution” (MISHCHUK and SAMOLYUK, 2018, p. 61, 69, and 71).

The state needs to create a balance between the conditions for creating public good and the conditions for spending it. Therefore, the state’s policy on long-term and short-term employment, on which the effective use of human resources to create a public good depends, is important. Today, digital technologies are developing so rapidly that it is difficult to fully determine in the long run the list of professions that will be necessary 40 years from now. How can today’s applicants choose a profession in which they will earn experience over the next 40 years? Flexible mechanisms for adapting the working age population to changes in the labor market, a clear tax system, and a dialogue with business employers regarding proper and safe working conditions for employees will contribute to the accumulation of benefits for fairer distribution in society.

Another challenge that tested social justice in legal relations around the world was the pandemic, which led to a revision of the established conditions of social security and a new redistribution of resources in society (regarding social justice).

Annegret Haase (2020) draws attention to how the Covid-19 pandemic has affected social justice:

Why does Covid-19 represent a social crisis in our cities? It is a social crisis in three senses, since it (a) exposes and highlights existing social inequities and shortcomings; (b) reinforces or enlarges them, because policies designed to counteract the crisis create unequal (polarized) opportunities for people to adapt and protect themselves; (c) has great potential to continue amplifying social differences even after the lockdowns

end, i.e., also leads to more inequalities and inequities in the long run. The Covid-19 crisis is also a “stressor for justice issues”, as Kotsila (2020) recently put it. The opportunities and constraints that influence how well people get through the pandemic – economically and regarding health – are distributed in a very unjust manner. It is not only the case that the poorest and most excluded are hardest hit by the pandemic; in some respects, the response to the crisis also comes at the expense of those with the lowest incomes, the worst housing conditions, and the least access to high-quality open/green space, health insurance, healthy food, etc. The latest data shows that social polarization did not just become obvious about exposure to the virus, vulnerability to infection and the capacities of people to adapt to lockdown conditions; in the longer term, forecasts suggest we can expect a further increase in disadvantages for those who are most vulnerable and hardest hit by the crisis in a social respect. This polarization is concentrated in cities.

The COVID-19 pandemic has caused a historic economic downturn, leaving millions unemployed, and “BLM” protests have once again sparked discussions about systemic racism, inequality, and police reform. In addition to the themes that dominate the headlines, long-standing issues such as food security and climate justice remain. The list of social problems in the United States and around the world in 2020 may seem huge. The execution of suffrage is one of the issues of social justice, which is a priority for the National Association of Social Workers. NASW’s goal is twofold: to encourage those who can vote, execute their right, and work to remove barriers to participation. In the list of Great Challenges of Social Work, it may be strange to see “increased social reaction to environmental change.” The effects of climate change can be seen in all the news from forest fires in Australia to record rates of melting in the Arctic. Social work and health care are inseparably linked. There are many problems for obtaining quality medical care, especially in the United States. (YESHIVA UNIVERSITY, 2020, translated)

Studinsky (2009, p. 14 and 16) notes that the pro-factor principle of justice also leads to inequality. The state must redistribute within certain limits to optimize utility, if such a state pays due attention to the welfare of society. The author warns that utility and equitable distribution or redistribution are incomparable categories and that the market does not automatically provide society with justice. Studinsky notes that the development of a value system in society, according to which the distribution (redistribution) is carried out, may not coincide with usefulness, and that part of society may not agree with such distribution. The author is convinced that the concept of social justice is both objective and subjective, although such a combination is conflictive, because categories as justice or injustice are subjective for each individual. However, a subjective assessment is influenced by objective factors (economy, financial condition, demographic situation, etc.) and estimates may

differ significantly, although they coincide in basic features. The author points out that the world is perceived subjectively because the individual tries to find objectivity through a system of evaluative concepts. Social justice is a complex system that creates equal conditions at social and domestic levels for individuals to use their potential and guarantees a proper rating by the society for the results of their use (STUDINSKY, 2009, p. 16).

The violation of the principle of social justice can be manifested by the difference in income between different classes of people, which is not accepted by society.

Principles of law are understood as guiding principles, ideas on which law are based. One of the principles of law is social justice. Violating the principle of social justice is considered unjustified and not perceived by society as a necessary change in the proportion of distribution of public goods. In this aspect, social justice echoes the principle of proportionality.

The theory of principles entails the principle of proportionality. In German public law, proportionality comprises three tests of suitability, necessity, and proportionality in the narrow sense. [...] State action which limits the enjoyment of a right must be capable of achieving the end desired (suitable), it must be the least restrictive means of doing so (necessary), and it must be justified given the cost to the right in question (proportionate). [...] Necessity asks whether any less intrusive means would achieve the same end, which is essentially an empirical question of prognosis and causation, and proportionality asks whether the end is worth pursuing, given what it necessarily costs. [...] In short, the entire principle of proportionality can be seen as consisting of two threshold requirements (pursuit of a legitimate end by an effective means) and two optimization requirements (the use of the least intrusive means to achieve something worth achieving given the costs involved). (ALEXY, 2002, p. 31 and 32, translated)

The principle of social justice is reflected in Section II of the Constitution of Ukraine, which does not establish the obligation of individuals to create a public good. Shelever (2020, p. 33) emphasizes that the Constitutions of Japan and Spain enshrine not only social guarantees for citizens but also the obligation to work.

From this comparison of constitutions from different countries, it can be seen how documents of the same legal power regulate issues related not only to the expenditure of social benefits, but also to their accumulation. According to Shelever (2020), it is advisable at the legislative level to pay more attention to the issues of employment of the working-age population by encouraging them to work and create public goods to avoid the abuse of their right by individuals who do not wish to use the right to work and need social security after reaching retirement age.

An indicator of injustice in Ukraine is the large gap between the minimum and maximum wages and pensions. High wages and pensions are unjustified and unfair in a poor country like Ukraine. This article also draws attention to the unfairly high salaries of judges. Pension payments are made with revenue from taxes and social insurance. Also, payments of

salaries to civil servants are made at the expense of the state budget. Therefore, society does not care how effectively funds are used in the social sphere (from pensions and wages to financing medicine, social benefits, measures aimed at preventing accidents at work, etc.) because the more funds are spent for some purposes, the less will remain for others.

Shelever (2020) concludes that, in the poorest country in Europe, it is impractical to pay such a salary to judges because it will not stop them from accepting bribes. The problem in Ukraine is the lack of crucial legal responsibility.

Cherenko (2016, p. 141) points out that the existing objective factors that developed before 2014 prompted a rethinking of the social support system. The reform initiated in 2014 was fragmentary and did not solve all the problems accumulated in society, but led to positive changes and became the basis for further reforms. Cherenko (2016, p. 141) considers the introduction of targeted principles of assistance and reduction of categorical programs to be the main results of the social programs' reform, which led to better assistance to those in need. This was a manifestation of the principle of social justice, and these changes have led to financial savings in the implementation of social programs, as the burden of unjustified payments has decreased.

Despite academic research around the world, when defining the conditions of social security in legislation it is not possible to have an understanding between different layers of society, as well as between society and government, and that leads to conflicts. It is within these limits that I research the application of the principle of social justice in determining the conditions for obtaining social security for different social classes.

The plan for this article has the following structure. In the next section, I provide background information on some types of social security that provoke debate about the principle of social justice regarding the distribution of public goods in social security. Then I summarize the key areas of social policy and combine them with social justice. I single out the role of social justice regarding providing social security to migrants. In the main part of the article, I develop arguments to support a balanced social policy as a foundation for implementing the principle of social justice into the legal framework. The results of the survey with the young generation about social justice in social security show the attitude and willingness of youthful people to implement social justice in various areas, including social security. I conclude with some thoughts on the manifestation of social justice in social security, including the distribution of material goods among the native population and migrants.

I. CONTEXT: SOCIAL POLICY AND MIGRATION IN UKRAINE

In Ukraine, different categories of pensions are paid, in different amounts, which sometimes creates discussions in society about the “merit” of receiving such public goods in increased amounts. Thus, according to the Pension Fund of Ukraine as of April 1, 2021 (1 USD = 27,8226 UAH), the sums paid according to the type of pension are as follows: average old-age

pension: 135.51 USD (8,316,443 people receive this type of pension); sum for disability pension: 101.55 USD (1,367,192 people); survivor's pension: 116.02 USD (530,902 people); pension for years of work: 122.33 USD (212,345 people); security pension: 64.17 USD (71,924 people); pensions for servicemen: 203.08 USD (550,487 people); and the sum paid for the lifelong financial support to judges is 2,781.45 USD (3,556 people). For the largest percentage of pensioners (38.8%), the sum ranges from 71.99 to 107.83 USD, while the smallest percentage of pensioners (3.8%) receive a sum over 359.42 USD (PENSION FUND OF UKRAINE, 2021).

These numbers indicate a significant gap (more than 20 times) between the average old age or disability pension and the lifetime maintenance of a judge, which is not easy to understand. The number of judges receiving lifetime maintenance is small, but justice consists not in the percentage of recipients of a certain type of pension, but the contribution of recipients to the public good. It is debatable that the work of a judge is over 20 times more important than the work of a lifeguard, a teacher or a plumber.

According to the Communication from the European Commission "On Migration and Development" (COM2005/390) on September 1st, 2005, it is necessary to constantly monitor changes in the migration situation in the country through the "Migration Profile". In Ukraine, information is being collected in areas related to migration control. Given that the migration situation affects different areas of state and society, it is necessary to monitor it in various aspects of social life: labor market, welfare, education, safety, public order and more. Since 2005, EU experts have prepared more than 70 migration profiles for the world. With their publication, the European Commission and EU Member States have the opportunity to objectively assess the migration situation in these countries while developing a visa dialogue with them (STATE MIGRATION SERVICE OF UKRAINE, 2021).

However, the measures taken did not take into account the possibility of a migration crisis in 2015, and the lack of coherent action across countries has led to misunderstandings among them over migration policy in case of force majeure. The migration crisis of 2015 pointed to problematic aspects of internal policy and cooperation between states.

2. METHODS

This article is based on research conducted in different countries on social justice and the rights of migrants, on social payments (pensions) statistics in Ukraine, data from the International Monetary Fund (IMF), the World Bank, and the International Labour Organization (ILO). The results of a survey with 2nd-year students of the Institute of Law at Taras Shevchenko National University of Kyiv, who studied Social Security Law of Ukraine (28 respondents aged 19-20 years, of different social origins and with different family incomes, from several regions of Ukraine), were also used. This survey, although small, reflects the moods and views of the younger generation on the issues identified in the survey.

Also, the case law of the Constitutional Court of Ukraine was studied regarding compliance with the principle of social justice in the attribution (or refusal) of social security. The study used a dialectical method of cognition of legal phenomena. With the help of the rational criticism method, normative acts and judicial practice were analyzed and problems were revealed. The forecasting method was used for the development and formulation of proposals aimed at improving legislation and strengthening social justice in the regulation of relations in social security.

According to ILO statistics, the share of the population of Ukraine covered by at least one social protection payment is 73% (as of 2018), which is quite a good result compared to African countries. However, compared to the countries of Europe, Australia, and Canada, Ukraine has much to improve. From this point of view, Ukraine is an interesting model for this study. The country was also chosen as the model because the author permanently resides in Ukraine, worked for five years in the social sphere (Department of Social Protection, Pension Fund) and today teaches social protection law of Ukraine, and is familiar with social security in the state not only from publications and official statistics but also as part of society, conducting daily personal observation of the implementation of social security in the state.

All studies were performed by the author alone.

3. SOCIAL JUSTICE AS A COMPONENT OF SOCIAL POLICY

February 20th was established as the World Day for Social Justice by the United Nations (UN) General Assembly in resolution A/RES/62/10 of December 18th, 2007. Countries have recognized social justice as an important component of legal society, which encourages each country to build social policy based on social justice.

By formulating a policy in the field of compulsory state social insurance, a socially-oriented state can achieve social justice, taking into account the interests of all segments of the population (KUCHMA, 2016a, p. 43).

Social justice exists as a phenomenon of social consciousness (legal, religious, moral, economic). It is enshrined in public opinion, which fixes social justice as a reward and recognition for work, ensuring a minimum socially guaranteed standard and quality of life, equal access to social benefits (education, health), information, cultural values and more. The implementation of the principle of social justice in society means that there is a fair distribution of activities; income distribution; division of labor; distribution of social benefits (rights, opportunities, power); distribution of rewards, recognitions; distribution of the level and quality of life; distribution of information and cultural values. (GRINENKO, 2009, p. 107, translated)

Social transfers are one of the levers of the state's social policy and the efficient and equitable distribution of social transfers will lead to both social and political stability. Thus, in the

process of distributing them to the population, a democratic state acts as a guarantor of the support for each of its citizens (KOMAROVA, 2008, p. 111).

According to the International Monetary Fund, over the past three decades more than half of the countries and close to 90% of advanced economies have seen an increase in income inequality, with some countries recording an increase in their Gini coefficients exceeding two points. Some of the key factors behind the increase of within-country income inequality include technological progress, globalization, commodity price cycles, and domestic economic policies such as redistributive fiscal policies, labor and product market policies. Inequality is at the center stage of the economic policy debate across the globe. A fair and equitable distribution of income is a fundamental element of the social contract. Macroeconomic policies (including government tax and spending policies) have significant effects on income distribution and inequality that can have adverse political and social consequences, with the potential to undermine macroeconomic stability and sustainable growth.

Social policy should be aimed at maintaining a balance between the interests of individuals, society and the state. If the interests of one of them are not taken into account, the balance is disturbed. This undermines public trust in the government, causes tension in society and demotivates a person to seek official employment and payment of taxes. Therefore, when implementing state social policy, it is necessary to adhere to the principle of social justice, which should be the legislation's foundation in various spheres.

Within the boundaries of this research on the implementation of the social justice principal in social security, a survey in which 28 respondents took part was conducted. Regarding the question "Social justice should primarily focus on", of the 2 proposed answers, 32.1% chose the option "Distribution of benefits in society depending on the contribution of person" while 67.9% chose "Support for people in need who do not meet the conditions for receiving benefits on general terms".

This result shows the social orientation and understanding of the younger generation regarding the need to support people who find themselves in difficult circumstances, have problems with health, housing, etc., and are unable to find a solution on their own. At the same time, almost a third of respondents believe that social justice is primarily the distribution across society of benefits that depend on the contribution of each citizen. This position also considers the manifestation of social justice, because by excluding this option the state will demotivate a person from multiplying wealth in the public treasury.

It is possible to combine both options under a differentiated approach by taking into account several factors, about which we will talk next.

Social insurance involves the active participation of individuals in securing their future. However, the payment of taxes also affects social security, because in addition to insurance social security, there is also non-insurance social security, which is financed by the state budget. Therefore, a person who is officially employed and has a salary, from which their insurance and taxes are paid, secures their future in social insurance and pays taxes to social security

for both themselves and other people who may find themselves in a difficult situation and need material help from the state. At the same time, social justice will be manifested when the law correctly defines the conditions under which a person who has not contributed to the public good has the right to social security. It is important that the law provides safeguards against abuse and that social security is provided to those who need it and cannot deal with problems on their own.

Social insurance is a complex legal relationship that covers social security, financial, organizational, and managerial relations, aimed at compensating the insured person (or other person defined by law) for lost income, making other payments, providing social services as a result of the occurrence of an insured event and carrying out measures to prevent insured events. [...] Social insurance is a sub-branch of social security law and unites social insurance institutions; social insurance also interacts with other branches of law (KUCHMA, 2016b, p. 15 and 308, translated).

Social security law is a system of legal norms that regulate social security, procedural and social insurance relations that subjects enter to exercise their rights to social security of various types (pensions, benefits, services, etc.) and perform their corresponding duties.

The establishment of the minimum wage is a manifestation of the state's concern for the social security of people. Determining the maximum amount of wages in the private sector of the economy is a private matter for businesses. However, the establishment of maximum wages in the public sector of the economy for civil servants affects the interests of the whole society, who recognizes social injustice when confronted with unjustifiably high wages for certain categories when comparing the benefits brought to society and the state by the work of a judge, of a doctor, for example, to that of a low-paid individual. Having a high standard of living is good, and it is important not so much to reduce the high standard of living of certain categories, but to reduce the income gap between different groups of the population by improving the standard of living of less protected social classes. The excessive income of a judge or a doctor (despite the high importance of both professions to society) shows that today the state is unfair to certain categories of employees.

When a person is young, the whole world is open to them and few people in their 20s will seriously think about not always being young, having good health and opportunities to earn a good salary and not always having a family that can support them. And it is necessary to enter the path to receive social security at a young age for when people face old age, illness, unemployment, etc. There may also be circumstances that deprive a person from meeting the conditions under which social security is provided (for example, not enough years of work to obtain a pension based on age).

To the question "Should a valid excuse be enough for a person to be denied social security?", 25% of respondents answered "Yes", 10.7% answered "No", and 64.3% chose the option "Despite the excuse, the minimum social benefit should be guaranteed to everyone" (SURVEY, n.d.).

A display of social justice in the distribution of public goods in social security should happen through a fair distribution of benefits, taking into account the contribution of each person and the reasons why such a contribution was not made, and whether the person had the opportunity to do so, but chose not to avoid the onset of negative consequences. At the same time, whatever the excuse for not receiving social security on general terms, the state must take care of every inhabitant of the country and, if necessary, provide social security, guarantee minimum payments or offer social security in another form (shelter, provisions, etc.).

The social policy of the country should cover the whole spectrum of relations (and not only at a person's application for social security). Therefore, it is necessary to actively promote the benefits of social security available to everyone, so that people are not only interested in investing in their future, but also in the creation of public goods.

To the question "Should the country motivate a person to meet the conditions that will allow them to receive social security on general terms?", 59.3% of respondents chose the answer "Yes, motivate by stimulus", 25.9% chose the option "Yes, motivate with encouragement and responsibility", and 14.8% chose the option "No" (SURVEY, n.d.).

Encouragement contributes to the fact that people see the benefits for themselves and seek to participate in social security, provided that they consider the distribution of goods they helped create to be fair. The lack of state influence on the behavior of individuals in the creation of a public good, which they will later claim, can lead to the rise of tension in society, caused by the outrage of those who create such goods if they see that there is little difference in social security between individuals who pay taxes for a long time and people who did not participate without justifiable reason in the creation of a public good.

At the time of distributing public goods, social justice manifests itself by considering the gravity of the reasons for not meeting the conditions to receive social security on general terms. The social policy of the state should also take into account that the minimum social security of people who, without an acceptable excuse, did not qualify for social security on general terms and the social security of people on general terms must differ significantly so as not to cause social injustice in the distribution of public goods. The gravity of the reasons for not meeting the conditions for social security on general terms (health problems, the need to care for a sick family member and other valid excuses) gives grounds for social security in an increased amount compared to the social security of people who, without an acceptable reason, did not, for example, accumulate insurance experience for the required duration, due to unofficial income or unwillingness to work.

A debatable issue in society is not only the difference between the social security of people who qualify for social security on general terms and those who haven't qualified without a good excuse, but also the differentiation of social benefits among people who have qualified for social security on general terms, depending on the contribution. For example, what should be the pension for a person who worked 30 years and for a person with 50 years of

experience? What should be the difference between the pension of a bus driver and a district court judge, so that we all believe there is social justice in social security?

To the question “What is the largest gap allowed (between the minimum and maximum limits) in the amounts of benefits of one individual category in the sphere of social security?”, the answers of the respondents were as follows: “Up to 10 times” was chosen by 25%, “Up to 100 times” was chosen by 3.6%, “Depending on the good” was chosen by 64.3%, “Boundaries should not be set” was chosen by 7.1%, and “More than 100 times” was not chosen by any respondent (SURVEY, n.d.).

These answers confirm the thesis that there should be a differentiated approach to calculating the amounts of social security. This should take into account various factors that affect the right to social security and its amount. Ignoring this approach will violate the principle of social justice in social security and can lead to numerous lawsuits against the government, which then will entail both reputational and financial costs in court.

The issue of limiting maximum social payments was reviewed by the Constitutional Court of Ukraine. In the case of compliance with the Constitution of Ukraine by the Law of Ukraine “On Pensions of Discharged Persons from Military Service and Certain Other Persons” in terms of establishing a limit on the maximum amount of pensions not exceeding 10,740 UAH, the Constitutional Court of Ukraine decided that payment of the pension to individuals whose right to pension is established by the Law of Ukraine “On Pensions of Discharged Persons from Military Service and Certain Other Persons” violates the essence of constitutional guarantees for unconditional social protection of servicemen who are obliged to protect the sovereignty, territorial integrity and inviolability of Ukraine (CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE, December 20th, 2016). A similar position was taken by the Constitutional Court on the unconstitutionality of the pension limit for judges: the Constitutional Court of Ukraine emphasizes that the constitutional status of judges and retired judges provides for their adequate material support, which should guarantee fair and independent justice. The Constitutional Court of Ukraine proceeds from the fact that it has already considered the issue of inadmissibility of a legal threshold for the monthly lifetime allowance for judges, in particular regarding decisions no. 4-pπ/2007 on June 18th, 2007, and no. 3-rp/2013 on June 3rd, 2013 (CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE, June 18th, 2007, and June 3rd, 2013). In these decisions, the Constitutional Court of Ukraine emphasized that establishing by law the maximum amount of monthly lifetime allowances for judges limits the guarantees of their independence (CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE, June 8th, 2016). Therefore, such a restriction exists for old age pension on general terms (pensions to take into account allowances, increases, supplementary pensions, targeted cash benefits, pensions for special services to Ukraine, indexation and other pension supplements established by law, except for additional payments to certain categories of persons with Motherland merit) that may not exceed ten subsistence minimums established for people who have lost their ability to work (VERKHOVNA

RADA OF UKRAINE, July 9th, 2003), as well as pensions for prosecutors of the Verkhovna Rada of Ukraine (October 2014).

Considering the possibility of limiting the threshold of pensions, the Constitutional Court of Ukraine concluded in favor of the key role played by those who receive pensions (judges, prosecutors, servicemen, salesmen, etc.), since the amount of social security should be affected not only by the quantity of years worked and taxes paid, but also by the nature of the work and its importance for the state.

The principle of social justice is associated with the principles of legal certainty and legitimate expectation, the observance of which is emphasized by international institutions and the Constitutional Court of Ukraine.

the principle of the rule of law provides for legislative changes to define a certain transitional period (a reasonable time between the official publication of the law and its entry into force), which will give individuals time to adapt to new circumstances. The duration of the transition period when changing the legal regulation of public relations should be determined by the legislating organ in each case, taking into account the following criteria: the purpose of the law within the legal system and the nature of public relations regulated by it; the range of persons to whom the law will apply and their ability to prepare for its entry into force (its new statutory provisions); other important circumstances, in particular those that determine the time required for the entry into force. [...] individuals rely on the stability of legal regulation, so frequent and unpredictable changes in legislation prevent the effective exercise of their rights and freedoms, as well as undermine trust in public authorities and their officials. The expectations of individuals cannot influence amendments to laws and other normative legal acts. (CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE, May 22nd, 2018, translated)

In the case of declaring changes to the pension law as unconstitutional (norms of the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Pension Provision” as of March 2nd, 2015 n. 213-VIII (hereinafter Law n. 213-VIII) on the abolition of special types of pensions), the Constitutional Court of Ukraine noted the following:

An integral element of the general principle of legality as a requirement of the rule of law is also the principle of legitimate expectation, which, according to the Venice Commission, “expresses the idea that public authorities should not only abide by the law but also by their promises and raised expectations” (Special Study of the Venice Commission “Rule of Law Checklist”, CDL-AD (2016) 007, paragraph II.B.5.61). The construction used by the legislator in paragraph 5 of section III “Final clauses” of Law n. 213-VIII is generally favorable to a certain category of citizens’ (including prosecutors) legitimate expectation that the legislator will adopt by June 1, 2015 a “new law” on the

attribution of all pensions and that it will address the issue of “special pensions”, the order of their attribution and their size. If the legislator did just that, the possibility of which was allowed by the provision of paragraph 5 of section III “Final clauses” of Law n. 213-VIII, there would be no situation in which we could talk about “abolition from June 1, 2015 of norms on pensions”, which attributes a pension in accordance with a number of regulations that are specified in this regulation. In addition, the provisions of the second and third paragraphs of paragraph 4 of Section III “Final clauses” of Law n. 213-VIII, which are directly related to paragraph 5 of the same section, created additional grounds for legitimate expectations of citizens that the Cabinet of Ministers of Ukraine will prepare and submit to the Verkhovna Rada of Ukraine by May 1, 2015 a bill on the attribution of all pensions, including special ones. However, neither one (the Cabinet of Ministers of Ukraine did not submit a bill to the Verkhovna Rada of Ukraine) nor the other (the Verkhovna Rada of Ukraine did not adopt a bill by June 1st, 2015) did not happen. This situation can be considered as one in which the provision of paragraph 5 of section III “Final Provisions” of Law n. 213-VIII caused a certain category of citizens (specifically prosecutors) to feel the collapse of legitimate expectations, which is incompatible with the requirement of legal certainty as an element of the principle of rule of law. (CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE, June 18th, 2020, translated)

An individual must be sure that by acting under the current legislation, they can count on the positive consequences established by law. Social security is integral and, for most pension receivers, the only source of income. In addressing issues such as choosing a future profession or changing jobs, one considers various factors, including social security, both in the present and the future. The pension of a person who is now 20 years old 40 years from now will be regulated by a slightly different version of today’s pension legislation. There are many reasons for this, leading to reforms in the social sphere. However, at the age of 20, an individual is already paying taxes (which the employer deducts from their salary). The state cannot become hostage to a law once it has been adopted, and taking into account human needs, the development of society, and the response to new challenges, it approves new laws that regulate relations otherwise. At the same time, the former amount of social security may not be preserved (for example, the calculation of pensions for certain types of workers with privileges has been stopped, etc.). And the individual feels social injustice because they worked for a long time on certain jobs counting on future social security, and it was the best option for them not to change jobs for a long time. The person rightly hoped for such a future because the law guaranteed it, so the expectations were legitimate. Therefore, when changing the conditions of social security, it is necessary to provide compensation mechanisms, for example, a pay coefficient. The compensation coefficient is the calculated value that makes up the difference between the social security that existed in the period while the

person created public goods and the social security that exists at the time of its attribution to the person.

4. SOCIAL JUSTICE IN THE DISTRIBUTION OF PUBLIC GOOD AMONG CITIZENS AND MIGRANTS

Tkachenko (2009, p. 79) identified two main factors that affect the problems of social security of Ukrainian labor migrants. The first is the small number of countries with which Ukraine has established bilateral agreements in the field of social security, based on the proportional principle of accumulation of insurance experience. The second is informal or semi-official employment, which makes the employee and their family members vulnerable (and often completely socially vulnerable) both abroad and after returning to Ukraine (because there will be a problem proving the existence of a legal fact, which will be important for the right to social protection).

Sidorchuk (2019, p. 10) draws attention to the fact that the root cause of labor migration in Ukraine does not only objective factors (war, economic decline) but also subjective ones, related to people's wishes for a better life. The relationship between migration processes and the level of social and economic security in this context is direct and obvious, precisely because of those threats and challenges that prevail in society and do not allow the population to have an appropriate level of well-being, which encourages them to migrate and seek a better life in other territories.

The International Labour Organization (ILO) provides global assessments of international migrant workers. According to their statistics, there are 272 million migrants, of these 245 million migrants are over the age of 15, of which 169 million are migrant workers. Among international labor migrants, 58.5% are men and 41.5% are women. The vast majority of international labor migrants consist of people aged 25-64 years (86.5%). Most international migrant workers are concentrated in the service sector. Three sub-regions host the majority of international migrant workers: Northern, Southern and Western Europe, North America, and the Arab states.

The proper legal regulation of employment for migrant workers and proper control over its implementation depends on their well-being in another country and a more loyal attitude in society, clarifying that migrant workers do not receive social benefits at the expense of residents, but work for the benefit of that state and society, which, in turn, will provide an opportunity for migrant workers to support their family.

Yatskevych (2018) emphasizes the importance of standardizing the employment of migrants. Guaranteeing social rights and equal working conditions to migrant employees in comparison to the citizens' is a basic principle to legally regulate the social protection of migrant employees, according to European primary and secondary legislation. However, as the author emphasizes, given that each member of the European Union can establish its own conditions established by law regarding the employment of migrants according to the

situation of each state (economic, political, social), the responsibility for regulating the social rights of migrant employees from Ukraine on mutually beneficial terms is placed upon bilateral international agreements.

To the question “Should migrants receive social security benefits which are comparable to the citizens’?”, 50% answered “Yes”, 46.4% chose “No”, and 3.6% suggested the option “Yes, but not at the same level”. At the same time, there must be certain grounds, not based only on migration to one or another country, and they depend on the specific type of social security (SURVEY, n.d.).

Article 73 of the European Code of Social Security states that the contracting parties shall take measures to conclude a special agreement governing the social security of foreigners and migrants, in particular regarding equality with their own citizens in the preservation of acquired rights (EUROPEAN CODE OF SOCIAL SECURITY, 1964).

Social justice will be achieved if countries agree on a treaty for the social security conditions of migrants. Citizens of one country may think that migrants receiving the amount of social security determined by a contract would give them the right to go to the migrants’ country to receive social security in the amount specified by the contract. The problem is that people are migrating not only to those countries with which their government has an agreement. In addition, some migrants travel to another country to receive social security, using laws and social benefits that meet their basic needs. At the same time, they have no desire to work, which can cause tension in society due to non-compliance with social justice (while some people pay taxes that are used to meet the needs of others who consciously do not want to get a job).

The number of migrants and the conditions under which they stay in the country are also important factors. Not all migrants need social security, and migrants who have been invited to work in another country help increase the public good and build the country’s economy.

Thus, the migration of refugees who need social security (food, housing, clothes, etc.) in significant numbers is a great challenge for the country to provide social security following the principle of social justice. In 2015, the migration crisis in Europe created significant problems for countries and became a test for the European Union. Therefore, a balanced policy in terms of social justice in the social security for migrants is extremely important both for the living conditions of migrants and for the security and stability of countries and communities.

CONCLUSION

The current paper asserts the importance of adhering to the principle of social justice in social security, which will promote understanding in society and encourage individuals to participate more actively in the creation of the public good. To promote social justice, strict adherence to the principle of legal certainty is required and the principle of legitimate expectation is a key element of legal certainty.

To do this, the author proposes to introduce a compensation coefficient that must be used to calculate social payments. The compensation coefficient must ensure compliance with the principle of legitimate expectation when providing social security. The compensation coefficient should be applied if the person has been employed for a certain period in certain conditions which provided better social security than the conditions on the date of application. For example, a person worked as a faculty staff for 40 years, of which seven years were during the effect of pension law that stated they were entitled to a special pension 30% higher than the general pension. Upon reaching retirement age, such a norm no longer existed and the pension of a faculty staff is paid according to general terms. The compensation coefficient should be applied to seven years of work, which should increase by 30% the employment time of 7 years: i.e. the employment time will be 9 years and 1 month ($7 \times 130\% = 9.1$) plus 33 years of employment under general terms. Thus, the total length of years worked for calculating the pension will be 42 years and 1 month ($9.1 + 33$). The application of the compensation coefficient in this example will increase a person's pension provision by increasing the length of employment, which affects the amount of the pension. Such raise will be the result of compliance with the principle of legitimate expectation due to the once existing norms of pension legislation. The rate of the compensation coefficient for social security of a certain type should be determined while developing proposals for legislation that changes the conditions for providing social security. A procedure for its calculation must also be determined since different types of social security incur for different mechanisms and conditions for implementation.

However, we may also ask what should be done if the legislation becomes more favorable to a faculty employee with 40 years of employment, of which seven years were earned during the period of pension law, when the employee was not entitled to a pension on preferential terms, and 33 years were earned during the period of more favorable legislation, which was in force when they applied for the pension. So should we consider reducing the length of service of seven years, because at that time the employee had no reason to expect a pension under the current conditions?

I think it is not worth doing so. In today's world, social security is increasingly being limited, given the difficult demographic situation that is prompting governments to make unpopular decisions (such as increasing retirement ages). Therefore, the decision to classify certain facts (such as of work under certain conditions and other circumstances) as decisive to the right to improved social security has a solid basis. This is most often caused by new circumstances, such as increased social protection of health workers due to the heightened risk to health during the Covid-19 pandemic. In this case, social protection cannot affect past periods in which there was no Covid-19 pandemic. For example, it would be fairer to assign the period of childcare to a certain age for the insurance period (taken into consideration when calculating social payments) not only from the moment the law was introduced but also considering the period before the law came into force. In a different example, if the

state has decided to classify certain types of work as harmful, not because the work conditions with certain substances have deteriorated, but because the impact of these harmful substances on the human body has been proven to such an extent that it gives grounds to classify such work as harmful, it is important to remember that the possible effects did not arise when the law changed, but existed previously. Therefore, it is fair to extend the social security for a period of work before the changes to the legislation came into force.

Given the above, I consider it appropriate for state authorities to develop guidelines for calculating the compensation coefficient and apply it each time they make changes to legislation in the sphere of social security, if such changes reduce future social security for certain categories of workers.

A fair distribution of public goods among different categories of recipients is achieved through adequate proportions of income and expenses of each category, both in the category itself and among different ones. Among the factors that affect the amount of social security should be the period of creation of public goods (duration of work), the amount of contributions (social insurance), the validity of circumstances that made it impossible to qualify for social insurance, and the acquisition of conditions that are encouraged by the state, for example, the birth or adoption of a child (social non-insurance).

Social justice in social security for migrants is important not only for migrants, but also for the population of the country. It is important for countries to discuss these issues without waiting for another crisis, and to forecast the situations in which, given the constant escalation of conflicts in the world, there is a high probability of sudden migration of a large number of people. It will be effective to adopt an interstate document that provides for sanctions against a state that uses migrants to pressure other states and contributes to the creation of an artificial migration crisis. The document should clearly define which state actions are subject to sanctions. The issue of migration policy needs a separate study.

REFERENCES

ALEXY, R. A. *Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CHERENKO, L. M. Social Support System in Ukraine: Inevitability of Reforms and Assessment of Prospects. *Demography and Social Economy*, n. 2, p. 130-142, 2016. Available at: http://nbuv.gov.ua/UJRN/dse_2016_2_12. Accessed on: April 19, 2022.

CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE (June 18th, 2007). Decision n. 4-pπ/2007. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-07#Text>.

CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE (June 3rd, 2013). Decision n.3-rp/2013. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-13#Text>.

CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE (June 8th, 2016). Decision n. 1-8/2016. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-16#Text>.

CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE (December 20th, 2016). Decision n. 1-38/2016. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-16#Text>.

CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE (May 22nd, 2018). Decision n. 1-4/2018(2792/15). Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18#Text>.

CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE (June 18th, 2020). Decision n. 3-189/2018(1819/18). Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va05p710-20#Text>.

EUROPEAN CODE OF SOCIAL SECURITY (April 16th, 1964). Available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_329#Text.

GERASINA, L. M., MISYUTINA, V. Realization of the Principle of Social Justice in Ukraine: Sociological-Legal Measuring. *The Bulletin of Yaroslav Mudryi National Law University*, v. 2, n. 12, p. 269-286, 2012. Available at: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/1924/1/Gerasina_Misyutina_269.pdf.

GRINENKO, A. M. Social Justice as a Key Principle in the Implementation of Social Policy of the State. *Science Study* [Petro Mohyla Black Sea National University], Pedagogy, ed. 112, n. 99, p. 104-107, 2009. Available at: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npchduped_2009_112_99_19.

HAASE, A. Covid-19 as a Social Crisis and Justice Challenge for Cities. *Frontiers in Sociology*, 2020. Available at: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fsoc.2020.583638/full>.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Statistics on social protection*. 2022. Available at: <https://ilostat.ilo.org/topics/social-protection/>.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *ILO GLOBAL Estimates on International Migrant Workers*. 2022. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_808946.pdf.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *The IMF and Income Inequality: Introduction to Inequality*. 2022. Available at: <https://www.imf.org/en/Topics/Inequality/introduction-to-inequality#What%20Causes%20Inequality?>

RAWLS, J. *A Theory of Justice*, translation from English by Celishev V.V. 2010. Available at: [http://kyiv-heritage-guide.com/sites/default/files/%D0%A0%D0%9E%D0%9B%D0%97%20-%20%D0%A2%D0%B5%D0%BE%D1%80%D0%B8%D1%8F%20%D1%81%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B5%D0%B4%D0%BB%D0%B8%D0%B2%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8%D0%BC%201971\(2010\)%20536%D1%81.pdf](http://kyiv-heritage-guide.com/sites/default/files/%D0%A0%D0%9E%D0%9B%D0%97%20-%20%D0%A2%D0%B5%D0%BE%D1%80%D0%B8%D1%8F%20%D1%81%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B5%D0%B4%D0%BB%D0%B8%D0%B2%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8%D0%BC%201971(2010)%20536%D1%81.pdf).

KOMAROVA, O. O. Social Justice as a Basic Principle for the Process of Distribution of Social Transfers. *Social Policy*, p. 106-112, 2008. Available at: https://ukr-socium.org.ua/wp-content/uploads/2008/04/106-112__no-2__vol-25__2008__UKR.pdf.

KUCHMA, O. L. Social Policy in State Social Security. *Actual Problems of Native Jurisprudence*, n. 4, p. 42-45, 2016a. Available at: http://apnl.dnu.in.ua/4_2016/12.pdf.

KUCHMA, O. L. Problems of Theory and Regulation of Social Insurance in Ukraine. *Education of Ukraine*, p. 416, 2016b.

MISHCHUK, Halyna Y.; SAMOLIUK, Natalia M. Measuring Social Justice in the Context of Assessment of Distributive Relations Effectiveness in Society. *Demography and Social Economy*, v. 1, n. 32, p. 58-72, 2018. Available at: <https://doi.org/10.15407/dse2018.01.058>.

MOSKALENKO, A. N. Social Orientation of the Policy and the Possibilities of Advanced Economic Development in Ukraine. *Economy of Ukraine*, v. 6, n. 635, p. 82-91, 2015. Available at: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj71oDyxsvwAhWlk4sKHepBW8QFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Ffirbis-nbu.gov.ua%2Fcgi-bin%2Ffirbis_nbu%2Fcgiirbis_64.exe%3FC21COM%3D2%26I21DBN%3DUJRN%26P21DBN%3DUJRN%26IMAGE_FILE_DOWNLOAD%3D1%26Image_file_name%3DPDF%2Fekukrr_2015_6_13.pdf&usq=AOvVaw1lDHU6tA7kgsxnFSyepLRr

PENSION FUND OF UKRAINE. Data on average pension size of 01.04.2021. 2021. Available at: <https://www.pfu.gov.ua/2131903-dani-pro-serednij-rozmir-pensiyi-stanom-na-01-04-2021/>.

SHELEVER, Nataliya V. The principle of social justice in constitutional law. *South Ukrainian Law Journal*, n. 3, p. 33-38, 2020. Available at: <http://www.sulj.oduvs.od.ua/archive/2020/3/9.pdf>.

SIDORCHUK, O. G. Migration Trends in Ukraine: Security Aspect. *Public administration: theory and practice*, n. 1, v. 21, p. 1-10, 2019. Available at: [http://www.dridu.dp.ua/zbirnik/2019-01\(21\)/8.pdf](http://www.dridu.dp.ua/zbirnik/2019-01(21)/8.pdf).

STATE MIGRATION SERVICE OF UKRAINE. *Migration Profile*. 2021. Available at: <https://dmsu.gov.ua/diyalnist/monitoring-migracijnix-procesiv/migracijnij-profil.html>.

STUDINSKY, V. Issues of Social Justice in the Context of Social Policy. *Social Policy*, p. 13-16, 2019. Available at: <http://dspace.nbu.gov.ua/bitstream/handle/123456789/20063/03-Studinskiy.pdf?sequence=1>.

SURVEY “Social Justice in Social Insurance”, [N. d.]. Available at: <https://docs.google.com/forms/d/1tIuvReuvUEkunUMMvxXr2fD2HiYlJjOBtxJjleb1Hgw/edit#responses>.

TKACHENKO, L. G. Problems of Social Security of Ukrainian Labor Migrants. *Demography and Social Economy*, n. 1, p. 71-79, 2009. Available at: <https://dse.org.ua/archive/11/8.pdf27>.

VERKHOVNA RADA OF UKRAINE. Law of Ukraine “On Mandatory State Pension Insurance” n. 1058, 2003 July 9. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1058-15#n479>.

VERKHOVNA RADA OF UKRAINE. Law of Ukraine “On General Prosecutor’s Office” n. 1697, 2014 October 14. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#n787>.

WEIZSAECKER, E. van; LOVINS, A. B.; LOVINS, L. H. *Factor Four: Doubling Wealth – Halving Resource Use*. London: Earthscan Publications, 1997.

WEIZSAECKER, E. van; LOVINS, A. B.; LOVINS, L. H. *A Just Society: Humane View*. 1997. Available at: http://iir-mp.narod.ru/books/inzemcev/page_1223.html.

WORLD BANK. *Poverty & Equity Data Portal: Ukraine*. Country Indicators. 2022. Available at: <https://povertydata.worldbank.org/poverty/country/UKR>.

YATSKEVYCH, I. Right to social security of employment migrants in European union. *NaUKMA Research Papers Law*, tome I, p. 62-67, 2018. Available at: <https://doi.org/10.18523/2617-2607.2018.62-67>.

YESHIVA UNIVERSITY. *9 Biggest Social Justice Issues of 2020*. 2020. Available at: <https://online.yu.edu/wurzweiler/blog/2020-biggest-social-justice-issues>.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

KUCHMA, Olha. Social Justice as a Principle of Social Security. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022, e2224. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202224>

Olha Kuchma

DOCTOR OF LAWS. PROFESSOR OF TARAS SHEVCHENKO NATIONAL UNIVERSITY OF KYIV.

okuchma@ukr.net

Aplicaciones de rastreo y monitoreo: del entusiasmo tecnológico al reconocimiento de la autodeterminación informática

TRACKING AND MONITORING APPLICATIONS: FROM TECHNOLOGICAL ENTHUSIASM TO THE RECOGNITION OF INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION

APLICAÇÕES DE RASTREIO E MONITORIZAÇÃO: DO ENTUSIASMO TECNOLÓGICO AO RECONHECIMENTO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMÁTICA

Guillermo Rodrigo Corredor Castellano¹

Resumen

La forma casi obsesiva en que el sistema capitalista tiende a asignar un valor de explotación a todo cuanto puede ser cuantificable, vinculada a las sucesivas evoluciones tecnológicas que han permitido la desmaterialización de los intercambios y la asignación de un valor a bienes intangibles, ha llegado al paroxismo de extrapolar dicha comprensión a los atributos de la personalidad. Este proceso de erosión de la esfera de derechos se da en beneficio de la capacidad monetizadora de un puñado de empresas que ostentan una posición monopólica transnacional. El artículo busca ofrecer respuestas a cuestiones legales que surgen respecto de las actividades de perfilamiento (*web tracking*) de ciudadanos en los contextos públicos y privados. A partir del examen crítico de las normas de protección al consumidor se plantean zonas de incorporación para nuevos conceptos que amplíen la protección de la privacidad.

Palabras clave

Economía digital; derechos intangibles; protección del consumidor; aplicaciones de rastreo; privacidad.

Abstract

The almost obsessive way in which the capitalist system tends to assign an exploitation value to everything that can be quantifiable and its linkage to the successive technological developments that have allowed the dematerialization of exchanges and the assignment of a value with respect to intangible goods has come to the paroxysm of extrapolating this understanding to the very attributes of personality. This process of erosion of the sphere of rights has occurred in favour of the monetizing capacity of a handful of companies that hold a transnational monopoly position. The article seeks to provide answers to legal questions that arise with respect to the web tracking activities of citizens in public and private contexts. Based on a critical examination of consumer protection regulations, areas of incorporation for new concepts that expand privacy protection are proposed.

Keywords

Digital economy; intangible rights; consumer protection; tracking applications; privacy.

Resumo

A forma quase obsessiva como o sistema capitalista tende a atribuir um valor exploratório a tudo o que pode ser quantificado, associada às sucessivas evoluções tecnológicas que permitiram a desmaterialização das trocas e a atribuição de um valor a bens intangíveis, atingiu o paroxismo de extrapolar esse entendimento para

os atributos de personalidade. Esse processo de erosão da esfera dos direitos beneficia a capacidade de monetização de empresas com uma posição de monopólio transnacional. Este artigo procura dar respostas a questões jurídicas que se levantam em relação às atividades de perfilamento dos cidadãos em contextos públicos e privados. Com base em um exame crítico dos regulamentos de proteção do consumidor, são propostas áreas de incorporação de novos conceitos que expandem a proteção da privacidade.

Palavras-chave

Economia digital; direitos intangíveis; proteção do consumidor; aplicações de rastreo; privacidade.

INTRODUCCIÓN

Las numerosas referencias a la economía de los datos o *data driven economy* evocan un clima de nuevos desarrollos tecnológicos que prometen alterar de manera radical los estilos de vida de millones de personas. Sin embargo, las reflexiones en torno a la forma como estas nuevas tecnologías influirán en el alcance de ciertos derechos y garantías fundamentales son menos numerosas o por lo menos, por ahora, un poco menos visibles. En este escenario de transición hacia una sociedad gobernada a través de los datos, la privacidad ha sido, sin lugar a dudas, la puerta de entrada a las discusiones relativas al rol del Estado en la regulación de mercados influenciados por nuevos conceptos, tales como el de economías de escala desde la demanda —o economías de alcance/*scope* (GARCÉS, 2017)—, externalidades de red, economías colaborativas/*gig economy* (LÓPEZ y ARROYO, 2006), prosumidores, mercados de dos caras/*two sided* y desde luego el monitoreo/*web tracking* (ZUBOFF, 2019).

El trasfondo de estas discusiones está relacionado con la forma casi obsesiva en que el sistema capitalista ha asignado un valor de explotación a todo cuanto puede ser cuantificado. Por otra parte, la evolución tecnológica que ha permitido la desmaterialización de los intercambios y la asignación de un valor a bienes intangibles, ha llegado al paroxismo de hacer lo propio con respecto de ciertos atributos de la personalidad. Este proceso de erosión de la esfera de derechos se da en beneficio de la capacidad monetizadora alcanzada por un puñado de poderosas corporaciones tecnológicas. La discusión sobre este tema es ilustrativa de la forma como a lo largo del último siglo se ha ido consolidando un proceso de profundización del capitalismo, el cual solo ahora comienza a parecernos extremo e incómodo en razón de su intrusividad y, en algunos casos, de la irreversibilidad de sus efectos.

El presente artículo aborda desde una perspectiva constructivista una revisión bibliográfica de los aspectos jurídicos subyacentes a la protección de la privacidad y los efectos

actuales del despliegue de herramientas de perfilamiento en línea (*web tracking profiling*). Dentro de esta lógica, en la primera parte se plantea una reflexión crítica en torno a la forma como se ha dado la deconstrucción paulatina de la noción de derechos personalísimos o derechos inherentes a la personalidad y de cómo dicha instrumentalización ha terminado por concretarse en la monetización de la información personal de millones de individuos. En la segunda parte, se avanza en la reflexión tomando partido por los enfoques que privilegian la protección de los derechos del consumidor como medio para lograr la efectiva protección de la privacidad y por esa vía se postula que los actuales niveles de penetración en la esfera privada de los individuos son en parte el resultado de visiones fragmentadas frente a la protección de los derechos de los consumidores. En la tercera parte, el análisis reseña algunos de los programas estatales de vigilancia o *profiling*, tales como el *social rating* en China o el programa de identificación biométrica obligatoria establecido por el gobierno de India. El análisis se extiende al despliegue de herramientas de rastreo durante la crisis sanitaria en países como Israel, Suiza y Francia, así como al alcance de las medidas adoptadas dentro de tales jurisdicciones con el fin de evitar que su uso se convirtiese en un factor potencial de erosión de los derechos y libertades individuales. Desde esta comprensión, el texto aborda la dicotomía entre las nociones de protección del consumidor en el plano del derecho privado y los enfoques de protección a la privacidad planteados en el plano de la información que los particulares ponen a disposición de las autoridades públicas. Como resultado de tales reflexiones, el artículo avizora como solución el desarrollo de la noción de autodeterminación informática como elemento clave para la restauración de la escala de valores universales que al filo de los años logró esbozar una esfera de protección de derechos de los individuos, esa misma que hoy parece erosionada como resultado de un desbordado individualismo hedonista y autodestructivo propiciado en el entorno de las plataformas digitales.

I. DE LA INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS A LA MONETIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN PERSONAL

Para abordar la deconstrucción paulatina de la noción de derechos personalísimos y su dinámica actual, tendiente a la excesiva monetización de los datos personales, se propone como punto de partida el análisis planteado por Allaire (2019, p. 35), en relación con el contexto histórico del cual emerge la teoría de los bienes intangibles. En su planteamiento, el autor ubica al Estado de Bienestar como el marco en el cual se dieron los primeros procesos regulatorios de estandarización, que a la postre serán causa eficiente de la dinámica de desmaterialización de las diferentes esferas de derechos.

Aunque su teoría se enfoca hacia los factores que propiciaron la desmaterialización de productos agrícolas y su posterior “comoditización”, es posible encontrar algunos puntos de contacto que resultan extrapolables al estado actual de ciertos derechos “personalísimos” que hoy

en día son objeto del apetito insaciable de los denominados gigantes de la tecnología; la tesis a explorar sugiere:

Intangible property enables the limitation of the abundance of certain things (for example, that of AOC champagne or products of a specific brand) so as to influence prices. But it creates new markets for information contributing to financial capital accumulation: first the development of financial services by the banking system, and then the emergence and development of service industries exploiting numeric and communication technologies and based on intangible assets (audit, design, knowledge production, and so forth) intangible property thus permits the development of new types of services concerning education or social security as new forms of alienation, as revealed by the recurrent criticisms of consumer society and of the mass entertainment industries.

Para los fines de la discusión que se plantea en este artículo, es de especial interés la relación producto-información que el autor identifica en el contexto del derecho privado. En efecto, ciertas categorías de derechos de propiedad intelectual (DPI), específicamente las denominaciones de origen (AOC por su sigla en francés), propician y desarrollan esta relación de causalidad. Es justamente esta preponderancia —la cual, conforme al modelo capitalista, se da a la información ligada a un producto— que ha llegado a permitir la asignación de precios *premium* a un rango de productos en función de la información sobre su origen, procedencia o incluso la técnica de fabricación. Los clásicos ejemplos del vino o del aceite de oliva resultan suficientes para ilustrar cómo, a través de instrumentos de mercadeo, un producto puede ser vinculado a la información de su modo de producción específico, a la proveniencia de un área geográfica o a la intervención de un grupo humano que ha preservado y perfeccionado el proceso de producción. Toda esta información se constituye en factor determinante de la disposición del consumidor a pagar un mayor precio frente a otros vinos o aceites similares.

Pensemos ahora en que la profundización de este discernimiento nos ha conducido al extremo de extrapolar el mismo tipo de análisis de mercadeo al contexto de la valoración de informaciones comercialmente relevantes, pero esta vez vinculadas a los individuos. Tal es el caso de la actividad aseguradora, donde el costo de un individuo asegurable puede determinarse en función de la información a que la aseguradora haya podido acceder respecto del mismo, lo cual puede incluir entre otros: sus hábitos de vida, historia clínica, ubicación geográfica, el tipo de aire que respira, su perfil laboral, sus preferencias sexuales o religiosas, etc. Precisamente, la posibilidad de elaborar perfiles cada vez más detallados sobre los individuos y/o de asociarlos a sistemas de explotación de datos está llamada a generar dramáticos cambios socioeconómicos con efectos potencialmente nocivos en términos de protección de derechos fundamentales. Esta capacidad disruptiva del manejo de los datos es lo que comúnmente identificamos como *data driven economy* o economía basada en los datos (CIURIAK, 2018, p. 12).

Dada la complejidad de los impactos sociales que plantea el desbordado uso del procesamiento algorítmico de información, resulta absolutamente imprescindible volver a las bases del pensamiento filosófico y jurídico que permitieron deducir la existencia de una esfera de derechos intangibles inherente a cada individuo, así como la necesidad de que sea el Estado el encargado de brindar una protección clara y definida de tales derechos.¹

Dicho proceso de evolución de los derechos humanos, así como la idea subyacente de una intangibilidad que los excluye de la lógica de explotación económica —la cual parece hoy fuera de control—, se convierte en un imperativo categórico para poder plantear caminos claros de expansión de la economía digital hacia los espacios cada vez más profundos de una sociedad permanentemente interconectada. En este sentido, la reflexión de J. Habermas, invocada por De Frouville (2004, p. 18), permite un tímido acercamiento a un tema vasto y complejo. El siguiente planteamiento del autor resulta de interés primordial para presentar la discusión:

[...] en efecto, es imposible pensar en la autonomía pública y privada del ciudadano por separado: la institucionalización de los derechos políticos presupone la existencia de derechos que garanticen a todos una cierta libertad privada; pero, a la inversa, es el uso adecuado de la autonomía pública lo que permite una regulación consensuada de la autonomía privada. Los derechos no son, pues, un límite a la soberanía del constituyente, sino una condición de posibilidad del ejercicio del poder constituyente y del derecho en general [...]. Esta percepción de los derechos humanos como fundamento del ordenamiento jurídico se refleja en los ordenamientos internos de los países democráticos —y en particular en Europa— mediante la institución de la protección frente a las infracciones que puedan emanar tanto de los poderes privados como de los públicos. En el derecho privado, la inviolabilidad es, pues, la base de la indisponibilidad, imprescriptibilidad e imposibilidad de renunciar a los llamados “derechos de la personalidad”. Estos derechos, que se definen como derechos inherentes a la persona humana, son considerados por los expertos en derecho civil como derechos extrapatrimoniales, “fuera del comercio”, en el sentido del artículo 1128 del Código Civil. Por tanto, el titular de estos derechos no puede “disponer” de ellos libremente (indisponibilidad), mientras que el paso del tiempo no afecta su validez (imprescriptibilidad). (Traducción libre del autor)

...

1 En materia de intangibilidad de los derechos humanos vale la pena recalcar la naturaleza jurídica de los derechos de autor, en los términos expresados por Plomer (2013, p. 75): “The contrasting undercurrents in eighteenth and nineteenth century philosophies of human rights were reflected in the ideologies that shaped the history of IP law in England, the US, and France. [...] Copyright law in France was grounded in the competing ideology that property rights are ‘pre-political,’ natural rights”.

Consecuente con esta comprensión, la tensión de derechos actual parece ser el resultado del desdibujamiento o erosión de los atributos de lo que en derecho privado se denominaba tradicionalmente como derechos personalísimos —extrapatrimoniales por naturaleza—, los cuales por efecto de la digitalización han dejado su carácter extracomercio para volverse moneda de cambio (*tokens*, dirán algunos) dentro de estas denominadas economías de alcance. En efecto, no es temerario asignar al pensamiento capitalista una tendencia progresiva hacia la monetización de todo cuanto pueda ser aprovechable hasta el punto de llegar a erosionar el carácter intangible de la esfera de derechos de la personalidad, y de convertirlos en simples unidades intercambiables a cambio de prestaciones mercantiles digitalizadas.²

Desde esa perspectiva, la eventualidad de que mediante plataformas como *Study* de Facebook³ se puedan establecer esquemas de remuneración en función de la utilización que se haga de ciertas aplicaciones, no solo resulta extraña desde el punto de vista de la intangibilidad que poseen los derechos a la privacidad, la libertad de expresión o de información, sino que a su vez pone de presente la incompatibilidad de vincular un medio de pago a la disponibilidad de ciertos usuarios para que una misma empresa procese información relacionada con los gustos, preferencias o formas de utilización de dispositivos digitales.⁴ Se abre así una puerta inexplorada y peligrosa para los sistemas democráticos.⁵

De allí que el reconocimiento de la profunda imbricación entre la existencia de garantías públicas como condición de existencia de derechos privados implique que no puede existir

...

2 En este sentido Aillapán (2016) señala: “Esencial en la teoría de los derechos de la personalidad ha resultado la defensa de su cualidad extrapatrimonial. Guzmán señala que el hecho de ser persona es el título que hace sinónimas las expresiones derechos humanos, de la personalidad y extrapatrimoniales; sin embargo, ‘derechos extrapatrimoniales’ sería la terminología comprensiva de todas las anteriores, y la recomendada, pues resalta la característica más notable de estos derechos: carecer de contenido pecuniario. [...] El mismo autor sentencia que la expresión extrapatrimoniales ‘[s]ignifica desde luego lo que literalmente expresa, es decir, que los derechos en examen están fuera del patrimonio. Se quiere significar además que los mismos son ajenos al comercio y a la circulación. Finalmente, que no se pueden avalar en dinero. En suma, que no son bienes”. En síntesis, reconocerles patrimonialidad, traficabilidad o comerciabilidad a los derechos personalísimos significaría autorizar a las personas para enajenar parte de su personalidad subordinando su propio ser a la voluntad de un tercero.

3 Ver: <https://about.fb.com/news/2019/06/study-from-facebook/>.

4 Al respecto, la prensa reseñó este programa en los siguientes términos: “...le nouveau programme se présentera sous la forme d’une application à télécharger sur son Smartphone [...] Sur son site, Facebook liste plusieurs données qui seront enregistrées et envoyées sur ses serveurs: toutes les applications installées sur el téléphone, leur durée d’utilisation, leur type d’utilisation (sans que cela soit spécifié clairement), la géolocalisation, le type de téléphone et le réseau. Study n’est destinée qu’à des personnes majeures, assure Facebook” (SEYDTAGHIA, 2019).

5 Baste con imaginar los nefastos efectos potenciales que pueden surgir al habilitar el uso de plataformas digitales con fines de establecer remuneraciones en función de las preferencias políticas exhibidas por

autonomía de la voluntad donde no existe Estado de Derecho. Esta deformación de los preceptos legales es abordada con elocuente simplicidad por Margareth Radin, citada por Zuboff (2019, p. 49), quien al referirse a la forma en que las plataformas sugieren —y terminan imponiendo— a los usuarios la aceptación de sus condiciones de utilización, afirma:

Las nociones sagradas de “acuerdo” y “promesa”, intrínsecas a la institución del contrato desde la época romana, se han transformado en simples indicaciones al usuario generando una incautación unilateral de sus derechos sin consentimiento. [...] Estos “contratos” son una “degradación” moral y democrática del Estado de Derecho y de la institución del contrato, una perversión que reestructura los derechos de los usuarios concedidos a través de procesos democráticos, “sustituyéndolos por el sistema que la empresa desea imponer” [...]. Los destinatarios deben entrar en un universo jurídico ideado por la empresa para realizar transacciones con ella. (Traducción libre del autor)

Este razonamiento expone apenas uno de los síntomas de las múltiples alteraciones en materia del ejercicio de los poderes estatales, incluida la regulación, la cual en ciertas ocasiones parece estar supeditada a la influencia del poder económico, haciendo aún más palmario el objetivo que, desde sus inicios, trazaron las empresas tecnológicas de sustituir o anteponer sus esquemas autorregulatorios al ejercicio democráticamente legítimo de las potestades públicas. Desafortunadamente, solo la verificación de las consecuencias actuales ha comenzado a nutrir los debates en torno a la necesidad de preservar los *aquis* de la evolución sociojurídica, en los ámbitos privado y público, como único medio para asegurar una economía digital compatible con el respeto de los derechos fundamentales.

2. ¿CONSUMIDORES ANTES QUE CIUDADANOS O *VICEVERSA*?

La ubicación conceptual de las normas de protección al consumidor dentro del ámbito del derecho privado fue detectada como un tema a solucionar en los albores del despegue del comercio electrónico.⁶ Sin embargo, en el entretiem po, la facilidad con la que los consumidores dieron

...

los ciudadanos en sus perfiles en redes sociales, máxime en países como Colombia, donde prácticas censurables como la “compra de votos” son frecuentes y extendidas, generando efectos nocivos para el ejercicio democrático.

⁶ Para Caycedo (2019, p. 140), “[...] los conceptos jurídicos del consumidor y relación de consumo corresponden al esquema de protección del consumidor que adopte cada sistema jurídico, [los cuales] a su vez lo delimitan”. Dicha flexibilidad conceptual es la que ha servido como causa eficiente a la consolidación de una fragmentación regulatoria global en materia de protección al consumidor, con base en la cual la expansión

por aceptada la idea de la existencia de un registro y análisis permanente de todas sus informaciones, con el propósito de perfeccionar las actividades de mercadeo y publicidad, solo puede ser explicada por los beneficios que muchos de esos consumidores creían obtener de la fluidez de la información y de la mejora en sus experiencias dentro de los espacios virtuales donde concretaban las transacciones en línea.

Ahora bien, la realidad subyacente parece ser un poco más compleja: originalmente, la necesidad de flexibilizar el ejercicio regulatorio y de confiar al sector privado la regulación de sus propias actividades obedeció, de cierta manera, a una errónea concepción de las estrategias de inserción en la economía de los datos, la cual tomó como premisa principal el carácter intensivo en capital y conocimiento de las actividades ligadas al procesamiento algorítmico de información; y, a partir de allí, confirió a la inversión privada —y a su predicada capacidad para apalancar grandes inversiones— un rol dinamizador de la innovación, la transferencia y la asimilación de nuevas tecnologías (GESTRIN, 2018).

Fue esta la alternativa seleccionada por muchos de los países en desarrollo como medio para apalancar su crecimiento económico dentro de la loable idea de incursionar en la economía del conocimiento y alejar sus aparatos productivos de las fluctuaciones de los mercados tradicionales de *commodities*. No obstante, de cara a la digitalización, dicha elección no solo no resultó ser el camino más efectivo hacia la inserción en nuevos y sofisticados mercados, sino que, por el contrario, terminó facilitando la consolidación de mercados monopólicos de carácter transnacional, con muy baja participación de empresas locales dentro de la cadena de valor de los productos y servicios digitales.

En paralelo a esta rápida evolución de los mercados digitales, la capacidad de desplegar análisis con base en grandes volúmenes de información, depositada por los usuarios de internet en calidad de consumidores en línea, recibió un impulso incremental mediante la incorporación de las técnicas que las agencias de seguridad habían venido desarrollando y que fueron puestas en funcionamiento con ocasión de los ataques ocurridos en Estados Unidos en septiembre de 2001. Dicho momento, como se desarrollará posteriormente en la sección 3, marcó un punto de inflexión, a partir del cual múltiples empresas decidieron hacer uso de las herramientas de procesamiento algorítmico de información con fines de mercadeo y comercialización a gran escala (CHERTOFF, 2018, p. 73).

Ligado al necesario uso de herramientas tecnológicas —algoritmos— para contrarrestar el riesgo de nuevos actos terroristas, se configuró un ecosistema de libre flujo de información, que a su vez requería la desregulación como factor habilitante para el monitoreo de millones de personas. Fue en tal momento que muchas empresas descubrieron la ausencia

...

de la relativización de la importancia de aspectos vinculados, como la privacidad, se ha ido dando como condición necesaria para el funcionamiento de las economías en red.

o insuficiencia de regulaciones que los disciplinaran, en la esfera mercantil, respecto del despliegue de estrategias invasivas de la privacidad de los consumidores. En tal sentido no resulta temerario afirmar que los vacíos en materia de protección al consumidor en general —y del consumidor digital en particular— han operado como un elemento bisagra que ha facilitado a muchas de las empresas tecnológicas desplegar sus estrategias por fuera de las consideraciones sociojurídicas sobre las cuales tradicionalmente se había entablado la comprensión de la dimensión del consumidor (CAYCEDO, 2019, p. 159).⁷

3. LA ERA DEL *PROFILING*: DEL *SOCIAL RATING* EN CHINA A LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA OBLIGATORIA *AADHAAR* EN INDIA

El tránsito desde la elaboración de simples repertorios biográficos de consumidores, como actividad inherente y necesaria para el comercio digital, hacia la profundización de las actividades de perfilamiento de los ciudadanos (*profiling*) ha sido un proceso paulatino coadyuvado por coyunturas políticas, vertiginosos cambios tecnológicos, pero sobre todo vacíos en el ámbito del derecho privado. Dicho de manera más directa, la posición de dominio que los gigantes tecnológicos ostentan actualmente no hubiera podido consumarse de manera tan satisfactoria, de haber mediado una comprensión técnico-jurídica y un consenso político más claros en torno a los nefastos efectos económicos —y para completar antidemocráticos— que surgirían de la desprotección de los derechos de los consumidores (GONZÁLEZ, 2018, p. 213).

La cuestión se torna, entonces, aún más interesante cuando se descubre que los modelos de predicción que han revolucionado la prestación de servicios en línea, son el resultado de la monetización de una parte de nuestra realidad que, como quedó sentado en la sección anterior, hasta el momento había estado protegida en el marco de la economía de mercado, mediante normas estatutarias de protección a los derechos a la privacidad, la imagen, la información, y normas de derecho privado que establecían un carácter extracomercio.

En efecto, un repaso a la forma como se ha dado la penetración de internet en países en desarrollo deja al descubierto la intención de ofrecer soluciones y experiencias a sectores de la población con capacidad de consumir bienes a través de intercambios *P2P*. Esta propuesta de internet, en principio elitista, se vio rápidamente superada por la oportunidad real de crear

...

⁷ De acuerdo con Caycedo (2019, p. 156), la normativa mercantil desechó el criterio subjetivo —el comerciante— como mecanismo definitorio de su ámbito de aplicación. Son los criterios objetivos—los actos de comercio y de la empresa—los que definen el ámbito de aplicación de la ley comercial. En el código de comercio se prevé igualmente que no tiene carácter mercantil la “adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o uso del adquirente”, pero, aunque parece excluir al acto de consumo del ámbito de aplicación de la ley mercantil, simultáneamente, bajo la regla de atracción del acto mixto, dispone que esas transacciones se regirán por la ley comercial cuando son actos de comercio para quien suministra o enajena dichos bienes”.

nuevos y masivos mercados basados en la conectividad intensiva que conocemos actualmente, que ha dado lugar incluso a su categorización como derecho fundamental. Sin embargo, en la actualidad, y una vez escrutada la complejidad técnica, la aparente magia de la predicción de las preferencias se ha revelado como el resultado del despliegue de actividades de seguimiento (*web tracking*) que son, en última instancia, las que permiten determinar o inferir, a partir de informaciones colectadas, los gustos, preferencias o predilecciones por las que nos inclinaremos bajo ciertas circunstancias. Siguiendo a Röttgen (2018, p. 73):

Web tracking enables recording and analysis of user behaviour and comes along in various manifestations. The use of cookies and social-plugins on websites, for instance, allows identifying how often a user visits a concrete website and which content he or she is interested in. Through this, companies “decode” the user behind its data and are able to provide targeted advertising [...]. Through the establishment of smartphones and tablets web tracking achieved a new level of user analysis. *App Tracking* allows a cross-application identification of the user. Depending both on the apps that are installed as well as how (or not) the user configured his smartphone, location data, surfing behaviour and other information is recorded. Those apps, which record location data and allow extensive analysis, are, regardless of the service offered, often for free. There are considerable doubts that these apps are for free, actually [...] the user “pays” by the disclosure of his data.

Ahora bien, devolver el péndulo hacia una protección de la privacidad en cabeza de entes gubernamentales parecería la salida lógica y la reacción apropiada de cara a los comprobados o potenciales efectos nocivos que surgen, o podrían surgir, de la descontrolada monetización de la información. Sin embargo, y por ahora, la incursión de las administraciones públicas en el tratamiento algorítmico de información no parece ser la vía ideal para restablecer el equilibrio descompuesto en materia de garantías y derechos fundamentales que hoy tenemos como consecuencia de la disrupción digital.

3.1. DE LA LUCHA CONTRATERRORISTA A LA BATALLA EPIDEMIOLÓGICA

El apetito por los datos que caracteriza el momento actual de la economía digital no es nuevo. Desde los albores del desarrollo de internet, la idea de coleccionar y organizar grandes volúmenes de información estuvo presente y fue en sí misma el aliciente para que muchas empresas buscaran convertir la red en el medio eficiente para la expansión de novedosos y prometedores servicios. Desde otra perspectiva, este mismo dinamismo de la digitalización ha generado nuevos riesgos para las empresas, los individuos y los Estados. Es así como en menos de dos décadas el fenómeno del ciberterrorismo ha pasado de ser parte del imaginario de las películas de ficción a constituir todo un nuevo escenario de acción y de contención en la esfera de las relaciones internacionales entre Estados (RIORDAN, 2019, p. 80).

Esta curiosa relación entre proliferación de los efectos en red, disponibilidad de información en línea, consentimiento para conectarse y necesidad de marcos regulatorios no es resultado del azar. Por el contrario, la consolidación de los mencionados efectos de las economías en red es la consecuencia de una instrumentalización progresiva de los datos, desplegada por empresas del sector privado y en algunos casos con participación de las administraciones públicas. Algunos autores señalan acertadamente el tránsito desde la simple disponibilidad de información (*sharing of information*) a una etapa avanzada de vigilancia permanente (*permanent surveillance*). Puntualmente, Chertoff (2019, p. 71) lo ilustra en los siguientes términos:

The notable changes in surveillance and security requirements came in the wake of the traumatic attacks suffered on September 11, 2001 [...] new demands transformed intelligence gathering from traditional espionage targeting foreign leaders and officials to the more difficult effort to find a terrorist needle in the haystack of a civil population.

La sofisticación de las actividades de perfilamiento es en última instancia el resultado del carácter esencial para la lucha contra flagelos transnacionales. Este cambio tácito ha logrado actualmente que “[...] aproximadamente la mitad de los adultos estadounidenses – la gran mayoría no delincuentes– tengan imágenes de su rostro almacenadas en bases de datos accesibles al FBI [...]” (THE ECONOMIST, 2018), lo cual, como es bien sabido, ha dado lugar a suspicacias en torno a la posibilidad de que las autoridades avancen sus líneas rojas y “entrenen” sus algoritmos de predicción de delitos de manera intencional para perseguir determinadas comunidades o identidades culturales.

3.2. ESFERAS DE RASTREO

Casos relevantes, que dan cuenta del uso del tratamiento algorítmico por parte de entes estatales, son el sistema de *Social Credit* que viene funcionando en países como China o de manera más indirecta el programa de identificación biométrica *Aadhaar* en India. Ambos sistemas se declaran concebidos para lograr una asignación más eficiente de los recursos públicos que se destinan a programas sociales o a recompensar o castigar comportamientos reprochables por la sociedad. Como puede intuirse, la línea difusa que se plantea entre los fines de mejoramiento de la gestión y la intrusión en la esfera privada de los individuos es un tema inexplorado y, por lo tanto, la precaución frente al uso de estas tecnologías debería ser la premisa que oriente su aplicación, pues tal como se ha expresado:

The crux of the problem when it comes to social credit is the way it ascribes moral value to certain behaviours, introducing an all-encompassing, quasi-religious aspect to the political system. It’s the nail in the coffin for a dictatorial government, solidifying its hold on the population. [...] For example, points can be given for “good” behaviour

such as doing charity work or helping family member, or deducted for jaywalking, spending too long playing video games or wasting money on “trivial purchases”. (PERRYER, 2019)

Es claro que la necesidad de ejercer control por parte de las autoridades, la cual tiende a ser más rigurosa en regímenes totalitarios, ha encontrado en el *big data* una herramienta propicia para consolidar la aplicación de castigos y recompensas en función de la adhesión a los postulados oficiales. Esta coerción de las libertades individuales tiende a ser aceptada como una fatalidad, pues a través de ella los ciudadanos, en su faceta de consumidores, se aseguran la posibilidad de acceder a los beneficios de la economía de plataformas. En este punto, resulta curioso apreciar la forma en que los postulados económicos, que fundamentan las economías de alcance (*scope*), terminan inspirando y justificando la sumisión ciudadana a la experiencia de un gobierno digital omnipresente y de contera omnipotente.

De manera análoga, la promesa de irradiar la prosperidad económica y social a través del control de la información biométrica ha encontrado eco en el contexto de iniciativas como *Aadhaar*. Esta “manera de pensar” la gestión pública, a través de la creación de bienes públicos (bases de datos), plantea retos en cuanto a la habilidad de los ciudadanos para distinguir los escenarios y discernir los efectos que surgen de la puesta a disposición de datos sensibles (RAMNATH y ASSISI, 2019, p. 240), condensando esta problemática dentro del concepto de plataforma social:

A Societal Platform is built on the premise that the most precious commodity in the world today is data. So far, data is owned by government or the business that collects it. In the framework of Societal Platforms, though, the underlying premise is that data belongs to the individual. An individual may consent to share it with regulatory authorities to comply with norms or private entities if he or she thinks it appropriate.

Justamente, las barreras en materia de información son relevantes en el momento de negociar el acceso a información personal, y es desde esta perspectiva que la existencia de estándares de protección, decantados a partir de la práctica privada y/o incorporados en las relaciones con la administración, puede resultar determinante para orientar la decisión informada de los ciudadanos de hacer disponibles sus informaciones personales, y aún más importante de hacerlo basado en elecciones racionales, tal como se concibe dentro de la noción de autodeterminación informática, la cual será objeto de algunos comentarios en la parte final del artículo.⁸

...

8 Con relación a este concepto, Thouvenin (2021, p. 248) afirma: “La idea y el concepto de autodeterminación informática se refieren al derecho y la oportunidad de cada persona de determinar qué informa-

3.3. DESPLIEGUE DE LAS APLICACIONES DE *TRACKING*

El advenimiento de la crisis provocada por el Covid-19 es particularmente interesante de cara al momento de transformación tecnológica que ya experimentaba la sociedad global de la información. En efecto, con antelación a la crisis sanitaria, los esfuerzos de muchos empresarios y académicos estaban centrados en encontrar un lugar propicio para los nuevos desarrollos tecnológicos, categorizados dentro de la denominada cuarta revolución industrial (4RI). La deriva tecnológica permitía intuir un nuevo rol aumentado para muchas de las aplicaciones y sobre todo para las actividades de minería de datos que surgen como resultado de la configuración normal de grandes volúmenes de información y que, como bien los describimos anteriormente, se venían probando como beneficiosas en contextos tales como el de la lucha anti-terrorista, el lavado de activos o la lucha contra el crimen transnacional. Ante el arribo de un nuevo y ubicuo enemigo global, la información y la capacidad de interpretación de los datos aparecieron rápidamente dentro del radar de los gigantes tecnológicos quienes, en el marco de la economía desregulada de Estados Unidos, no vacilaron en aumentar sus apuestas por una solución tecnológica. De acuerdo con Al Dahdah y Javed (2020), al inicio de la crisis:

Neither the US nor the European Union have adopted a digitally-based tracing policy so far. In the United States, there is no contact tracing system at federal level, the US government adopting a liberal and market based approach, the development of such digital contact-tracing systems was mostly taken up by tech companies. Apple and Google are collaborating for an application programming interface (APIs) using Bluetooth Low Energy (BLE) principles that will be rolled out for iOS and Android in May. Apple and Google say that proximity tracking will be built-in feature for upcoming operating systems to help ensure broad adoption.

De esta manera se fue construyendo el núcleo (*core*) de lo que han sido la mayoría de las respuestas tecnológicas a la crisis sanitaria, las cuales deben ser apreciadas como lo que realmente son: una oportunidad de capturar valor a partir de la explotación de los datos que masivamente los ciudadanos están dispuestos a compartir con miras a solucionar un problema común que afecta el funcionamiento normal de muchas de sus actividades (THE ECONOMIST, 2020).

...

ción sobre sí misma se revela a otros y para qué fines puede utilizarse esa información. [...] El término y la idea han tenido una exitosa carrera en el pensamiento jurídico y en el debate público, al menos en Europa, donde el derecho a la autodeterminación informática se ha convertido en uno de los fundamentos conceptuales del derecho a la protección de datos personales consagrado en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Surge, por lo tanto, la necesidad de balancear no sólo la efectividad de las soluciones técnicas propuestas, sino su oportunismo frente a la posibilidad ampliada de acceder a un mayor espectro de información. A priori, se podría afirmar que la actividad regulatoria debería ponderar este momento particular antes de proceder a autorizar el despliegue de aplicaciones con capacidad de derivar en fallos sistémicos que afecten derechos fundamentales de gran alcance, como lo son la salud, la educación, el trabajo y, desde luego, la privacidad.

3.3.1. DIFERENTES APROXIMACIONES

- *Israel: HaMagen 2.0 “a small step for the citizen, a giant step for the state”*

El despliegue de esta aplicación resulta especialmente ilustrativo en la medida en que la población del Estado de Israel es ampliamente reconocida por compartir una percepción del riesgo bastante rígida como resultado de las constantes presiones que suscita el conflicto político y territorial. En estas circunstancias, el punto de partida de la autoridad sanitaria se apoyó en una profundización de la percepción de seguridad, la cual frente a la situación sanitaria imponía nuevos parámetros de acción.

La utilización de dos plataformas paralelas: *HaMagen*, de carácter civil y construida dentro de una lógica *opt in*, compite con una aproximación más restrictiva embebida en la aplicación *Shin Bet*, la cual es la base del sistema de vigilancia estatal, apoyada en los desarrollos de los sistemas GPS que permiten desplegar una trazabilidad inversa para ubicar la fuente de un contagio a partir del análisis de los datos captados por los dispositivos móviles. Esta oferta dual abrió la posibilidad a posiciones matizadas, como la expuesta por Toi Staff (2020):

Many Israelis have criticized the Shin Bet program, both due to civil rights concerns and because a growing number of people have said that they were being forced to stay home by mistake, likely due in part to technology that fails to discern whether two people were actually within six feet of each other, close enough to transmit the virus. Additionally, people said calls to the Health Ministry routinely go unanswered as officials say the system has been overwhelmed.

Este ecosistema digital dual parece hacer compatibles dos visiones diferentes compartidas por los ciudadanos y, por ende, su funcionamiento se ha planeado dentro de una lógica de arenera regulatoria (*sandbox*) en virtud de la cual las dos aproximaciones compiten por mostrar su efectividad e inocuidad en materia de afectación de los derechos civiles.

- *Suiza: SwissCovid y el “traçage de proximité”*

La iniciativa del Gobierno Suizo consistió en promover el uso de una aplicación estatal que hace uso de la interfaz *Bluetooth Low Energy* (BLE), incorporada en los teléfonos inteligentes, la cual permitía configurar un sistema de alertas al suscriptor, creando la posibilidad de notificarlo

en el caso de haber estado en proximidad con potenciales personas infectadas (MONTAVON, 2021, p. 595).

Actualmente, el uso de este sistema es completamente facultativo y permite a los dispositivos generar IDs aleatorios en función de la proximidad y el tiempo entre dos dispositivos. Estos contactos generados son almacenados en cada dispositivo por periodos de catorce (14) días y solo se comunican en caso de que uno de los usuarios reporte haber estado contagiado, generando automáticamente el aviso a los demás dispositivos para que la alerta sea transmitida y los usuarios involucrados tomen las medidas necesarias para cortar la cadena de transmisión del virus.

La percepción del riesgo ha jugado un papel crucial y, a diferencia del caso de Israel, la preeminencia de una visión que privilegia el respeto por las libertades individuales ha generado resistencia en una porción importante de la población; a noviembre de 2020, solamente 1.84 millones de personas habían activado y reportaban el uso de la aplicación, razón por la cual el Gobierno Federal ha tenido que insistir en la importancia de generar efectos en red respecto de la descarga y uso de la aplicación.

- *Francia y la UE: prevalencia del control epidemiológico*

A pesar de los esfuerzos preliminares por sustraer el monitoreo de la pandemia de los estándares puestos a disposición por los gigantes tecnológicos, tanto Francia como Alemania terminaron por abandonar el denominado *Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing* (PEPP-PT) y acordaron la adopción de sistemas descentralizados basados en la interfaz *Bluetooth Low Energy* (BLE), la cual permite, como en el caso de Suiza, garantizar una localización temporal en cada dispositivo y en condiciones de anonimización suficientes para los fines de control epidemiológico. Es de resaltar que la decisión asumida por la UE reflejó en su momento, una clara apuesta por el pragmatismo, dando prevalencia a la evaluación del estado de la técnica, enfocada en que la implementación de mecanismos de trazabilidad no implique más esfuerzos que los necesarios para garantizar el uso adecuado y proporcional de las tecnologías disponibles.

Habiendo dejado claro el panorama en que se desenvuelven las discusiones sobre el uso de las tecnologías de rastreo y de sus fronteras con el respeto por los derechos y garantías fundamentales, queda pendiente la discusión en torno al carácter facultativo del uso de estas aplicaciones. Tal y como ya se ha evocado en el desarrollo de esta discusión, el valor de las aplicaciones de rastreo está en la capacidad de generar efectos en red y de vincular los mismos a la “creación de valor”, que en el caso apremiante de la Covid-19 es el de permitir reconfigurar la normalidad trastocada, lo que en definitiva puede ser considerado como el restablecimiento de la confianza, la libre circulación y la movilidad como bienes públicos.

Desde dicha perspectiva, cada uno de los enfoques presentados tuvo que asumir el costo social que generaba la desconfianza en las tecnologías y la opacidad denunciada por organizaciones de la sociedad civil en relación con la utilización de la información que se puede

colectar con el despliegue de aplicaciones que, aunque dicen rastrear la ocurrencia de contagios, pueden terminar por proveer información sobre otros aspectos íntimos de la vida e intereses de los ciudadanos. En los tres casos analizados, la herramienta propuesta por las autoridades sanitarias para lograr influenciar la aceptación y uso de las aplicaciones de rastreo es la anonimización, respecto de la cual existen recurrentes dudas, por la manera en que el perfeccionamiento de la criptografía inherente a dicho proceso dejaría abiertas las puertas a modelos matemáticos que permiten de una forma u otra la regresión al origen del emisor de un mensaje.

4. LAS DISCUSIONES EN TORNO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMÁTICA

A lo largo de la presente discusión teórica se ha señalado un panorama de instrumentalización de la economía digital en general y de los datos en particular, que tiene como telón de fondo una intensa actividad de procesamiento algorítmico adelantada indistintamente por empresas privadas y al mismo tiempo, y progresivamente, por entidades públicas. En efecto, la profundización de las relaciones mercado-entornos digitales ha contribuido a fortalecer sectores específicos abriendo oportunidades de creación de valor frente a temas que otrora eran exclusivos del resorte de las agencias de inteligencia de los Estados. Este dinamismo actual del mercado de soluciones en materia de seguridad tecnológica y ciberseguridad es abordado por Zuboff (2019, p. 172) en los siguientes términos:

[...] la vigilancia en el interés de la captación y venta de excedentes de comportamiento se ha convertido en un servicio por derecho propio. Estas empresas suelen denominarse “software-as-a-service” o SaaS, pero es más preciso denominarlas “vigilancia como servicio” o “SVaaS”. Por ejemplo, un nuevo enfoque basado en una aplicación para la concesión de préstamos establece instantáneamente la solvencia crediticia basándose en la minería detallada del Smartphone de un individuo y otros comportamientos en línea, incluyendo textos y correos electrónicos, coordenadas GPS, publicaciones en redes sociales, perfiles de Facebook, transacciones minoristas y patrones de comunicación [...] el método cuantifica aspectos ricos del comportamiento típicamente considerados como información “blanda”, haciéndola legible para las instituciones formales.

Conforme con esta comprensión, el flujo creciente de datos en los mercados digitales hace indispensable la distinción entre el procesamiento de datos efectuado por autoridades públicas de aquel que se realiza por parte de empresas del sector privado. Esta distinción, a primera vista trivial, resulta relevante en la medida en que el desarrollo actual de la noción de “autodeterminación informática” se encuentra circunscrito a la facultad de los particulares de oponerse a los poderes públicos con el fin de proteger las informaciones personales.

Ahora bien, el hecho de que la misma facultad de determinar la disponibilidad de información personal frente a una empresa privada no dependa exclusivamente del consentimiento del titular de los datos, sino del denominado “interés legítimo del controlador” (LYPALO, 2021, p. 170), pone de presente un elemento que ha sido transversal a todo el desarrollo de internet que es el de privilegiar la innovación permanente de productos y servicios digitales aun en desmedro de la intangibilidad de los derechos personalísimos.

Esta confusa comprensión de la dinámica de los mercados digitales parece estar fragilizando aún más la posibilidad de que los entes reguladores puedan configurar entornos regulatorios lo suficientemente robustos para facilitar la innovación en estos nuevos mercados y asegurar la transparencia a los usuarios respecto de la intangibilidad de los derechos fundamentales, que como en el caso de la privacidad, aparecen altamente comprometidos a través de la interacción con estas tecnologías. Por otro lado, los efectos desproporcionados de la crisis sanitaria, en términos de afectación a los derechos a la autodeterminación informática, plantean la urgente necesidad de que el Estado haga uso de novedosos instrumentos de construcción de marcos regulatorios que permitan procesos continuos de prueba y error, sin tener que incurrir en los costos de legitimidad que implica la inflación normativa frente a los nuevos fenómenos tecnológicos y sus efectos sociales. Subyacente a esas preocupaciones, surge la necesidad de preservar la intangibilidad del derecho a la privacidad en momentos en que la conjunción entre la ampliada capacidad tecnológica y necesidad de controlar un evento pandémico parecen haberse unido para crear una nueva realidad con prescindencia de ciertos derechos fundamentales. Oponerse a la tiranía de los datos debería dar lugar a crear posibilidades técnicas para que los individuos puedan decidir libremente sustraerse de la obligación de instalar en sus dispositivos mecanismos de rastreo que puedan eventualmente devolverse contra sí mismos en la forma de perfiles elaborados por organismos de seguridad estatales o por empresas privadas con fines publicitarios o comerciales. Uno de los elementos de base dentro de la discusión para habilitar este tipo de excepciones lo constituye el carácter intangible que globalmente se reconoce a la protección de la personalidad y, en general, a los derechos humanos.⁹ En tal sentido, es pertinente retomar la reflexión que De Frouville (2004, p. 519) hace sobre el pensamiento de Habermas, y su alcance en el contexto de la interdependencia generada por la globalización, al afirmar:

...

⁹ Un primer paso en esta dirección lo constituye la reciente decisión de uno de los gigantes tecnológicos de modificar la capacidad de los anunciantes para entregar publicidad dirigida. Dicha decisión ha causado revuelo en la industria de marketing digital, pues se teme que si las personas pueden no aceptar el rastreo, disminuirán considerablemente los datos que permiten los perfilamientos. Al respecto ver: <https://www.cnbc.com/2020/12/15/apples-seismic-change-to-the-mobile-ad-industry-draws-near.html>.

Habermas llega a la conclusión de que es necesario y suficiente, para hacer frente a los desafíos de la interdependencia y la globalización, crear las condiciones en las que se pueda desarrollar una política interna global. En esta etapa, su concepción democrática del derecho, basada en una ética de la discusión, exige la construcción de un espacio público transnacional [...]. Los Estados deben por lo tanto colocarse en una posición de duplicación funcional. Los Estados solo adoptan esta posición cuando los intereses mundiales que están llamados a defender no contradicen sus intereses nacionales.

Esta proposición parece cobrar un sentido especial en el contexto de los desafíos que plantean simultáneamente la crisis sanitaria y la penetración abusiva de la economía digital en la esfera de los derechos fundamentales. La construcción del espacio público transnacional evocada por Habermas es pues la tarea pendiente que permitirá a los Estados afrontar en igualdad de condiciones a las empresas transnacionales que amenazan con su ejercicio oligopólico las condiciones mismas de la sociedad global a la que creíamos haber arribado.

CONCLUSIÓN

La asignación de valor a los bienes intangibles o inmateriales está en el centro de los fenómenos socioeconómicos que han permitido el despliegue omnímodo del capitalismo tal como lo experimentamos en los entornos digitales. La importancia de la noción de autodeterminación informática radica en que pone de presente el vínculo que se crea entre la información y su titular. Esta particularidad es especialmente importante de cara a las posibilidades de explotación que surgen en contextos caracterizados por complejos flujos de información y permanente tratamiento algorítmico. El *web tracking* pone de manifiesto, como ninguna otra actividad ligada al comercio electrónico, la conjunción o incluso simultaneidad de actividades de minería de datos por parte de agentes públicos y privados. La fragmentación regulatoria en materia de derechos del consumidor, que ha operado como un factor distorsionante en la aplicación del concepto de autodeterminación informática, es un tema urgente dentro de las agendas regulatorias, que, de ser solucionado, permitiría definir las esferas de control que buscan ejercer algunas plataformas digitales, las cuales ostentan en la actualidad un significativo poder de mercado.

En un plano más filosófico, es necesario reconocer que el carácter intangible propio de la información ha venido evolucionando de manera vertiginosa, entre muchas razones, debido al perfeccionamiento de la capacidad de generar valor a partir del análisis e interpretación de los datos (*data analytics*). Las reflexiones en torno al valor que asumen bienes intangibles, tales como la información que se genera sobre las actividades de personas, comunidades o grupos específicos deberían orientarse a atribuir una valoración más allá de la simple explotación comercial que puede suscitarse a partir del uso de esta nueva materia prima. Una postura coherente frente a la propuesta actual, de esquemas de remuneración basados

en plataformas, debe reconocer los riesgos en materia de erosión de la esfera de derechos y, por ende, de la banalización de los procesos históricos que han permitido la evolución de instituciones universales de protección de los derechos humanos. Es claro que ante la evidencia de la realidad tecnológica que nos arrolla, hoy más que nunca se hace urgente y necesario retomar los principios del pensamiento jurídico y filosófico de manera que nos permitan comprender y oponernos con mayores posibilidades de éxito a la excesiva monetización de la información personal.

REFERÊNCIAS

AILLAPÁN, Jorge Eduardo. El derecho a la propia imagen: ¿Derecho personalísimo?, ¿Derecho fundamental? Precisiones terminológicas para el caso chileno. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 43, n. 2, p. 433-459, 2016.

AL DAHDAH, Marine; JAVED ALAM, Mohammad. Tracing Apps to Fight Covid-19. Are Surveillance Technologies Effective? *Books, and Ideas*, Paris, 18 may. 2020. Disponible en: <https://booksandideas.net/Tracing-Apps-to-Fight-Covid-19.html>. Consultado el 5 de noviembre de 2020.

ALLAIRE, Gilles. The Ambivalence of Agriculture Capitalist Socialization. In: ALLAIRE, Gilles; DAVIRON, Benoit. *Ecology, Capitalism and the New Agricultural Economy: The Second Great Transformation*. New York: Routledge, 2019.

BIG Tech Faces Competition and Privacy Concerns in Brussels. *The Economist*, London, 23 mar. 2019. Disponible en: <https://www.economist.com/briefing/2019/03/23/big-tech-faces-competition-and-privacy-concerns-in-brussels>.

CAYCEDO, Carlos. Protección constitucional al consumidor en Colombia. *Serie de Derecho Económico*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, n. 4, p. 131-178, 2019.

CHERTOFF, Michael. *Exploiting Data, Reclaiming our Cyber Security in the Digital Age*. London: Grove Press, 2018.

CIURIK, Dan. The Economics of Data: Implications for the Data-Driven Economy. *Data Governance in the Digital Age*, Centre for International Governance Innovation, Ontario, p. 236, 2018.

DE FROUVILLE, Olivier. Don't Rely on Contact-Tracing apps. *The Economist*, London, 16 may. 2020. Disponible en: <https://www.economist.com/leaders/2020/05/16/dont-rely-on-contact-tracing-apps>.

DE FROUVILLE, Olivier. *L'Intangibilité des droits de l'homme en droit international, regimen conventionnel des droits d'homme et droits des traites*. Paris: Pedone, 2004.

GARCÉS, Eliana. The Dynamics of Platform Business Value Creation. *CPI: Competition Policy International*, Chicago, 14 ago. 2017. Disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-dynamics-of-platform-business-value-creation/>. Consultado el 09 de agosto de 2020.

GONZÁLEZ, Laura Daniela. Germany Switches to Google and Apple on Virus Tracing App over Privacy Concerns. *The Local*, Berlin, 27 abr. 2020. Disponible en: <https://www.thelocal.de/20200427/germany-switches-to-google-and-apple-on-coronavirus-tracing-app-over-privacy-concerns>. Consultado el 10 de diciembre de 2020.

GONZÁLEZ, Laura Daniela. Control de nuestros datos personales en la era del *big data*: El caso del rastreo web de terceros. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, v. 21, n. 1, p. 209-244, 2018.

GESTRIN, Michael; STAUDT, Julia. The Digital Economy, Multinational Enterprises and International Investment Policy. *OECD*, Paris, 2018. Disponible en: www.oecd.org/investment/the-digital-economy-mnes-and-international-investment-policy.htm. Consultado el 06 de mayo de 2020.

GRAHAM, Megan. Apple's Seismic Change to the Mobile Ad Industry Is Drawing Near, and It's Rocking the Ecosystem. *CNBC*, London, 15 dic. 2020. Disponible en: <https://www.cnbc.com/2020/12/15/apples-seismic-change-to-the-mobile-ad-industry-draws-near.html>. Consultado el 17 de diciembre de 2020.

HELLER, Nathan. Is the GIG Economy Working? *The New Yorker*, New York, 15 may. 2017. Disponible en: <https://www.newyorker.com/magazine/2017/05/15/is-the-gig-economy-working>. Consultado el 15 de agosto de 2020.

LÓPEZ, José Ignacio; ARROYO, José Luis. Externalidades de Red en la Economía Digital: Una Revisión Teórica. *Revista de Economía Industrial*, Madrid, n. 361, p. 21-32, 2006. Disponible en: <https://eco.mdp.edu.ar/cendocu/repositorio/01017.pdf>. Consultado el 17 de junio de 2020.

LYPALO, Dzhuliia. Can Competition Protect Privacy? An Analysis Based on the German Facebook Case. *World Competition, Law and Economics Review*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, v. 44, n. 2, p. 169-198, 2021.

MONTAVON, Michael. *Cyberadministration et Protection des Données*. Zürich: Schulthess Verlag, 2021.

PERRYER, Sophie. China's Social Credit System Awards Points to Citizens Who Conform. *The New Economy*, London, 22 may. 2019. Disponible en: <https://www.theneweconomy.com/strategy/116498>. Consultado el 01 de septiembre de 2019.

PLOMER, Aurora. The Human Rights Paradox: Intellectual Property Rights and Rights of Access to Science. *Human Rights Quarterly*, v. 35, n. 1, p. 143-175, 2013. doi: 10.1353/hrq.2013.0015

RAMNATH, N. S.; ASSISI, Charles. *Aadhaar Effect: Why the World's Largest Identity Project Matters*. New Delhi: Oxford University Press, 2018.

RIORDAN, Shaun. *Cyberdiplomacy*. London: Polity, 2019.

RÖTTGEN, Charlotte. Like or Dislike – Web Tracking. In: HOEREN, Thomas; KOLANY-RAISER, Barbara. *Big Data in Context: Legal social and technological Insights*. Berlin: Springer, 2018.

SEYDTAGHIA, Anouch. Facebook paiera pour devenir voyeur. *Le Temps*, Ginebra, 14 jun. 2019. Disponible en: <https://www.letemps.ch/economie/facebook-paiera-devenir-voyeur>.

SOKOL, Sam. Health Ministry Launches Revamped COVID-19 Tracking App. *The Times of Israel*, 27 jul. 2020, Disponible en: <https://www.timesofisrael.com/health-ministry-launches-revamped-covid-19-tracking-app/>. Consultado el 20 de agosto de 2020.

STAFF, Toi. Lawmakers Extend Shin Bet Phone Tracking by 10 Days, But Voice Reservations. *The Times of Israel*, 06 sep. 2020. Disponible en: <https://www.timesofisrael.com/lawmakers-extend-shin-bet-phone-tracking-by-10-days-but-voice-reservations/>. Consultado el 15 de diciembre de 2020.

SWISSCOVID, 2020. Disponible en: <https://www.covidtracker.ch/en/>. Consultado el 09 de octubre de 2020.

SWISSCOVID, 2020. Disponible en: <https://www.epfl.ch/campus/security-safety/en/health/coronavirus-covid19/swisscovid/>. Consultado el 09 de octubre de 2020.

THOUVENIN, Florent. Informational Self-Determination: A Convincing Rationale for Data Protection Law? *JIPITEC: Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, v. 12, n. 4, 2021. Disponible en: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-4-2021/5409/thouvenin_pdf.pdf. Consultado el 10 de diciembre de 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. London: Profile Books, 2019.

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

CORREDOR-CASTELLANOS,
Guillermo Rodrigo. Aplicaciones de
rastreo y monitoreo: del entusiasmo
tecnológico al reconocimiento de la
autodeterminación informática.
Revista Direito GV, São Paulo, v. 18, n. 2,
maio/ago. 2022, e2225. [https://doi.org/
10.1590/2317-6172202225](https://doi.org/10.1590/2317-6172202225)

Guillermo Rodrigo Corredor Castellanos

DOCENTE INVESTIGADOR, DEPARTAMENTO DE DERECHO
ECONÓMICO DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

rodrigo.corredor@uexternado.edu.co

1 Escola de Direito de Yale, New Haven, Estados Unidos

2 Universidade Federal do Rio Grande, Faculdade de Direito, Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-8282-7420>

3 Universidade Federal do Rio Grande, Faculdade de Direito, Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-1262-1931>



O que é o ponto de vista interno?¹

WHAT IS THE INTERNAL POINT OF VIEW?

*Scott J. Shapiro*¹

Tradução do texto:

SHAPIRO, SCOTT J. WHAT IS THE INTERNAL POINT OF VIEW?
FORDHAM LAW REVIEW, v. 75, n. 3, 2006.

Tradução: *João Henrique Luttmer*² e
*Bárbara Ronsoni de Oliveira*³

...

1 O autor agradece a Ben Zipursky pelos comentários em uma versão prévia do rascunho original, que foram de grande ajuda.

INTRODUÇÃO

É famosa a afirmação de John Austin de que a ideia de sanções é a “*chave* para a ciência da teoria do direito”.² Assim, ele considerava regras jurídicas como ameaças sustentadas por sanções e enunciados de obrigações jurídicas como previsões de que as sanções ameaçadas serão aplicadas. E antes de *The Concept of Law* (“O conceito de direito”) ser publicado em 1961, o conceito de sanções era central também para todas as demais teorias positivistas do direito. Apesar de Hans Kelsen ter procurado explicar regras e obrigações jurídicas em termos de normas, ele entendia essas normas como diretivas que exigiam dos tribunais a aplicação de sanções. Aprofundando a diferença entre Austin e Kelsen, Alf Ross concebia regras jurídicas como normas endereçadas aos tribunais, direcionando o uso de sanções, e declarações de validade jurídica como predições de que essas normas serão observadas.

Em *The Concept of Law*, Hart demonstrou que toda sorte de teorias centradas na sanção ignorava uma característica essencial do direito. Para essa característica ele cunhou a expressão “ponto de vista interno”. Analisado sob o ponto de vista interno, o direito não é simplesmente algo que ameaça, direciona ou prediz sanções, mas que impõe obrigações.

Ainda que o ponto de vista interno talvez figure como a maior contribuição de Hart para a teoria do direito, esse conceito é frequente e facilmente mal-entendido. Isso é lamentável, não apenas porque tais más interpretações distorcem a teoria de Hart, mas, e ainda mais importante, porque elas nos impedem de reconhecer as verdadeiras fragilidades das teorias centradas na sanção e as convincentes razões pelas quais elas devem ser rejeitadas.

Neste artigo, eu gostaria de abordar algumas dessas confusões. O que, exatamente, é o ponto de vista interno? Qual papel (ou papéis) ele exerce na teoria de Hart? E como uma apreciação adequada da centralidade do ponto de vista interno leva à rejeição de teorias centradas na sanção?

De forma breve, minhas respostas serão as seguintes. O ponto de vista interno é a atitude prática de aceitação de regras – ele não implica que pessoas que aceitam regras aceitam sua legitimidade moral, apenas que elas estão dispostas a guiar e avaliar condutas de acordo com as regras.

O ponto de vista interno desempenha quatro papéis na teoria de Hart: (1) especifica um tipo de motivação particular que alguém pode ter em relação ao direito; (2) constitui uma das principais condições de existência para regras sociais e jurídicas; (3) é responsável pela inteligibilidade da prática e do discurso jurídicos; (4) fornece base para uma semântica naturalisticamente aceitável para enunciados jurídicos.

Finalmente, teorias centradas na sanção são inaceitáveis por três razões: (1) elas são míopes em ignorar uma das motivações pelas quais as pessoas obedecem à lei; (2) elas são incapazes

...

2 AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. Londres: Weidenfeld and Nicolson, 1954. p. 13. Tradução nossa.

de explicar a existência de sistemas jurídicos; (3) elas não conseguem explicar a inteligibilidade da prática e do discurso jurídicos.

I. “INSIDER’S”³ VERSUS “INTERNALIZADO”

É comum que se pense que o ponto de vista “interno” é sinônimo do ponto de vista do “insider”. De acordo com Stephen Perry, por exemplo, “[a] ideia geral do ponto de vista interno é que uma teoria do direito adequada deve, em algum ponto, levar em consideração como a prática se parece ao menos para alguns dos participantes, a partir de dentro”.⁴ De forma semelhante, Gerry Postema escreve: “O direito, como qualquer outra prática social, é constituído não apenas por intrincados padrões de interações comportamentais, mas também pelas crenças, atividades, juízos e entendimento dos participantes. A prática possui um ‘a partir de dentro’, o ‘ponto de vista interno’ dos participantes”.⁵

Nessa leitura, a doutrina de Hart sobre o ponto de vista interno é uma prescrição metodológica que exige que as teorias do direito se identifiquem com as experiências compartilhadas de nativos jurídicos. A teoria do direito deve tomar o ponto (ou pontos) de vista interno: deve ser “hermenêutica” em sua orientação. Teorias do direito que levam em consideração o ponto de vista interno devem, portanto, ser contrastadas com aquelas que ignoram as crenças e atitudes daqueles que vivem sob a lei. Os mais claros exemplos de teorias “externas” seriam aquelas motivadas por preocupações do behaviorismo filosófico. Muitas teorias sociológicas do direito são explicações externas nesse sentido, na medida em que limitam o papel do observador a registrar a frequência de conformidade em uma dada população e correlacionar sua ausência com o aparecimento de sanções.⁶

Não acredito que essa interpretação do ponto de vista interno esteja correta, entretanto.⁷ Isso é visto mais claramente no uso de Hart do ponto de vista interno para refutar teorias

...

3 N.T.: Optamos por não traduzir o termo “insider”, uma vez que ele já é comumente usado em textos em língua portuguesa, bem como para evitar a perda de sentido do original.

4 Ver PERRY, Stephen R. Interpretation and Methodology in Legal Theory. In: MARMOR, Andrei. *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 97 e 99. Tradução nossa.

5 POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence as Practical Philosophy. *Legal Theory*, Cambridge, v. 4, n. 32, p. 329-357, set. 1998. p. 329 e 332. Ver também LEITER, Brian. Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. *Texas Law Review*, Texas, v. 76, n. [2], p. 267-315, dez. 1997. p. 267 e 295, nota 126.

6 Ver, e.g., BLACK, Donald. *The Behavior of Law*. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 1976. p. 6-8.

7 Discuto esse assunto em pormenores na minha resposta a Perry. Ver SHAPIRO, Scott J. The Bad Man and the Internal Point of View. In: BURTON, Steven J. *The Path of The Law and Its Influence: The Legacy of Oliver*

do direito centradas na sanção, tais como aquelas propostas por Oliver Wendell Holmes e Hans Kelsen. Hart argumentava que essas teorias são míopes porque ignoram ou mascaram a variedade de atitudes que as pessoas tomam em relação ao direito. O problema com as teorias do “homem mau”, tais como a de Holmes, é que elas assumem que pessoas são motivadas a seguir a lei somente para evitar sanções, ao invés de porque as regras requerem tal comportamento. Essas teorias, diz Hart, “definem [o ponto de vista interno] como inexistente”.⁸⁻⁹ O problema com a teoria de Kelsen, ele alegava, é que ela foca exclusivamente em uma técnica que o direito utiliza para motivar condutas em detrimento de todas as outras. O direito não apenas orienta oficiais a punir aqueles que não obedecem às regras, mas providencia um guia para aqueles que desejam cumprir com suas obrigações.¹⁰

Se o ponto de vista interno simplesmente significa o ponto de vista do *insider*, então essa crítica seria ininteligível. Afinal de contas, o “homem mau” de Holmes é, ele mesmo, um *insider*, nomeadamente aquele cuja curiosidade sobre o direito é despertada tão somente por sua aversão a sanções. A teoria de Holmes, portanto, não ignora a existência do ponto de vista do *insider*; ao invés disso, sua versão é tão hermenêutica quanto a de Hart. O problema com a teoria de Holmes, em vez disso, é que ela privilegia um tipo de ponto de vista de um *insider* sobre outro. Ao focarem somente na perspectiva do homem mau, teorias centradas na sanção definem o outro ponto de vista, notadamente o ponto de vista interno, como inexistente.

O que é, então, o ponto de vista interno? Conforme o uso que Hart fazia da expressão, o ponto de vista interno se refere à atitude prática de aceitação de regras. Alguém toma essa atitude diante de uma regra social ao aceitar ou endossar um modelo de comportamento convergente como padrão de conduta. Portanto, o ponto de vista interno concerne a um tipo específico de atitude normativa mantida por certos *insiders*, nomeadamente aqueles que aceitam a legitimidade das regras. Hart é muito claro nesse ponto:

...

Wendell Holmes, Jr. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 197. (Cambridge Studies in Philosophy and Law)

8 HART, H. L. A. *The Concept of Law*. (Clarendon Law Series). With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 91. Tradução nossa.

9 N.T.: Em todas as citações diretas, utilizamos a tradução portuguesa acompanhada da paginação no original, empregada por Shapiro, a que nos referiremos como “na tradução portuguesa” e “no original”, sempre que necessário. Nas indiretas, preferimos manter somente o original. As versões utilizadas são, respectivamente, HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001; e HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. (Clarendon Law Series)

10 Ver, no original, p. 40.

Porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os “pontos de vista” respectivamente “externo” e “interno”.¹¹

Conforme essa passagem deixa claro, o ponto de vista “interno” é sinônimo de perspectiva “internalizada”, em vez de perspectiva do “insider”. Enquanto a frase “o ponto de vista interno” é unívoca – refere-se a uma atitude prática específica –, o “ponto de vista externo”, por outro lado, é perigosamente ambíguo. Isso porque existem no mínimo duas maneiras pelas quais uma atitude prática pode ser oposta ao ponto de vista interno. Por ser o ponto de vista interno a atitude prática de aceitação de normas, uma atitude prática com referência ao direito que não envolva aceitação se qualificaria como atitude externa. O ponto de vista do “homem mau” de Holmes é externo nesse sentido. Contudo, uma atitude pode ser externa por falhar em ser uma atitude prática como um todo. Alguém cujo interesse no direito é primariamente teórico, que simplesmente deseja descrever como membros de um grupo consideram e respondem a um conjunto de regras e que, talvez, também deseja realizar previsões, toma o ponto de vista externo nesse segundo sentido.

Tornando as coisas mais complicadas, na verdade existem dois pontos teóricos diferentes que se pode tomar em relação ao direito. Primeiro, alguém pode buscar descrever comportamentos sociais sem recurso às crenças e atitudes daqueles cujas vidas estão sujeitas às exigências de instituições jurídicas. Na ausência dessa informação, o observador deve se contentar em registrar a frequência de conformidade em determinada população e correlacionar sua ausência com o aparecimento de sanções. Hart chama essa posição behaviorista de ponto de vista externo “extremo”.¹² Em contraste, alguém pode buscar descrever comportamentos sociais prestando atenção nas atitudes de membros do grupo. Esse ponto de vista “hermenêutico” busca descrever o direito, em outras palavras, tomando como referência o ponto de vista do *insider*.

O próprio Hart, *qua* teórico do direito, na verdade toma o ponto de vista externo em relação ao direito, embora aqui externo signifique teórico e a posição teórica particular é hermenêutica.¹³ É precisamente porque ele toma uma perspectiva hermenêutica em relação

...

11 Na tradução portuguesa, p. 98-99. No original, p. 86.

12 No original, p. 89.

13 H. L. A. Hart descreve sua abordagem metodológica como “hermenêutica” na introdução de seu *Ensaio sobre teoria e filosofia do direito*. “O que é necessário é um método ‘hermenêutico’ que envolva retratar o comportamento governado por regras como parece aos seus participantes”. Ver HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 13. Tradução nossa. N.T.: O livro

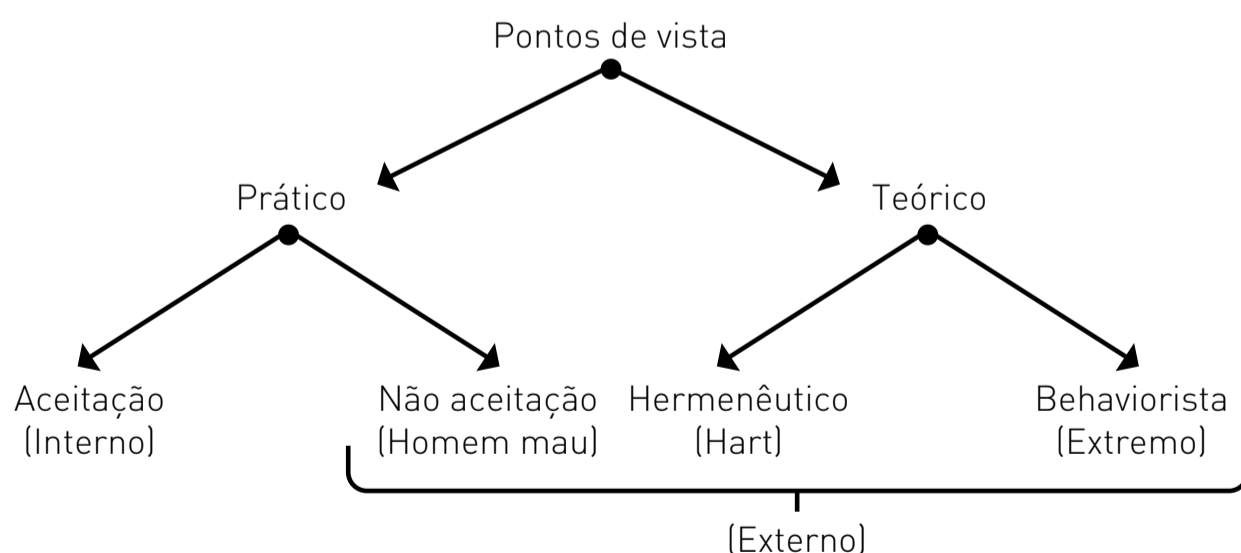
ao direito que rejeita teorias centradas na sanção, pois, ainda que tais teorias levem em consideração o ponto de vista do homem mau, elas ignoram o ponto de vista internalizado. Apesar de hermenêuticas, são mesmo assim míopes.

A Figura 1 tenta resumir esse conjunto bastante confuso de distinções e terminologia. A distinção mais fundamental que Hart desenha está entre os pontos de vista *prático* e *teórico*. O ponto de vista prático é aquele do *insider* que deve decidir como ele ou ela responderá ao direito. A perspectiva teórica é aquela do observador, que é, frequentemente, mas não necessariamente, um *outsider*, que estuda o comportamento social de um grupo que vive sob o direito.

No que diz respeito ao ponto de vista prático, existem duas atitudes que o *insider* pode tomar em relação às regras: *aceitação* e *não aceitação*. Qualquer um que aceite as regras, de acordo com Hart, tomou o ponto de vista interno. Qualquer um que não aceite as regras, seja porque ele é como o homem mau e toma o ponto de vista prático, mas de não aceitação, seja porque ele está meramente observando e, portanto, não toma nenhuma postura prática, tomou o ponto de vista externo.

De forma semelhante, no que diz respeito ao ponto de vista teórico, existem também duas posições que a observadora pode tomar: o ponto de vista *hermenêutico*, como o próprio Hart, ou um ponto de vista *behaviorista*. Como mencionado, ambos os pontos de vista hermenêutico e behaviorista são posições externas no sentido de Hart, embora ele descreva o último como ponto de vista externo “extremo”.

FIGURA 1



...

referido tem tradução em português: HART, H. L. A. *Ensaio sobre teoria e filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

II. ACEITAR UMA REGRA

O ponto de vista interno de Hart, portanto, é a atitude prática de aceitação de regras. No entanto, o que exatamente significa “aceitar” uma regra social? Aqui, as coisas ficam um pouco turvas. Hart diz que aceitar uma regra social é considerar um modelo de comportamento como “um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo”.¹⁴ Significa tratar a existência de uma regra como uma “razão e justificação”¹⁵ para agir, como “base para pretensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos”,¹⁶ como se estabelecesse a “legitimidade”¹⁷ dessas demandas e críticas.¹⁸

Dada a descrição de Hart, é natural pensar que tomar o ponto de vista interno é acreditar que a regra é um padrão de conduta legítimo, em que legitimidade é entendida como uma legitimidade *moral* ou legitimidade da perspectiva da reta razão.

Essa interpretação seria equivocada, entretanto. Hart é muito claro ao afirmar que uma pessoa não precisa acreditar na legitimidade moral do direito para aceitar sua autoridade:

Mas a dicotomia do “direito baseado apenas no poder” e do “direito que é aceite como moralmente vinculativo” não é exaustiva. Não só pode grande número de pessoas ser coagido por leis que não considera como moralmente vinculativas, mas nem mesmo é verdade que aqueles que aceitam voluntariamente o sistema devam considerar-se como moralmente vinculados a aceitá-lo, embora o sistema seja mais estável quando o façam. De facto, a sua lealdade ao sistema pode ser baseada em considerações muito diferentes: *cálculos acerca de interesse a longo prazo*; preocupação desinteressada quanto aos outros; atitude não crítica, herdada ou tradicional; ou o mero desejo de fazer como os outros fazem.¹⁹

Na perspectiva de Hart, as pessoas podem ter inúmeras razões para aceitar regras. Elas podem ser guiadas por uma regra porque pensam que é de seu interesse de longo prazo estar assim comprometidas. Juízes podem aplicar a lei simplesmente para que recebam seus salários.

...

14 Na tradução portuguesa, p. 65. No original, p. 56.

15 Na tradução portuguesa, p. 15. No original, p. 11 (ênfase omitida).

16 Na tradução portuguesa, p. 100. No original, p. 90.

17 Na tradução portuguesa, p. 65. No original, p. 56.

18 Hart nota que tomar o ponto de vista interno não é experienciar “sentimentos de compulsão” particulares. Na tradução portuguesa, p. 66, 97-98. Em vez disso, é possuir uma “atitude crítica reflexiva”. Na tradução portuguesa, p. 66. No original, p. 57, 88 e 57, respectivamente.

19 Na tradução portuguesa, p. 219. No original, p. 203 (ênfase adicionada).

Dado que o ponto de vista interno não é necessariamente o ponto de vista moral, o que Hart quer dizer ao caracterizá-lo como a aceitação de uma regra como *padrão de conduta*? A melhor maneira de entender a posição de Hart é examinando as várias formas nas quais ele pensava que o ponto de vista interno é expressado.²⁰

A atitude se manifesta mais obviamente por meio de comportamento de conformidade. Quando se toma o ponto de vista interno em relação a uma regra, age-se de acordo com os ditames da regra.²¹ É claro, deve haver algo mais ao ponto de vista interno, dado que o homem mau também se conforma com as regras. A segunda forma com que o ponto de vista interno é expresso é por avaliação crítica.²² Portanto, participantes que aceitam as regras criticam outros, e talvez até eles mesmos, por falharem em observá-las. Ademais, não apenas os desvios da regra engendram críticas, mas tais críticas são consideradas legítimas e feitas com boa razão.²³ Presumivelmente, o reconhecimento da legitimidade da crítica é sinalizado, ao menos em parte, pelo fato de que os críticos não são eles mesmos criticados por se engajarem em críticas.

Finalmente, o ponto de vista interno é usualmente manifestado por enunciados que usam terminologia normativa como “ter o dever de”, “ter de”, “certo” e “errado”.²⁴ Portanto, se alguém aceita a regra de que homens devem desencobrir a cabeça ao adentrar uma igreja, essa atitude prática pode ser expressa por enunciados da forma “Você deve tirar seu chapéu na Igreja” ou “Foi errado da minha parte não tirar meu chapéu no último domingo”. Hart chama esses enunciados de “afirmaç[ões] interna[s]”, porque eles normalmente expõem o ponto de vista interno.²⁵ Ele contrasta esses enunciados práticos com enunciados teóricos segundo os quais outros aceitam uma determinada regra. Por exemplo, alguém pode dizer “Episcopais aceitam uma regra que requer que homens tirem seus chapéus na Igreja”. Hart chama esses enunciados de “afirmações externas” porque eles usualmente expressam o ponto de vista externo.²⁶ São enunciados de que algum grupo em particular aceita certas regras, e normalmente são feitos por aqueles que não aceitam essas regras eles próprios.

...

20 Na tradução portuguesa, p. 65-66 e p. 97-101. No original, p. 56-57 e p. 88-91, respectivamente. Para uma excelente discussão da teoria da prática das regras (*practice theory of rules*) de Hart, ver RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1990. p. 49-58.

21 No original, p. 55-56.

22 No original, p. 55.

23 No original, p. 55-56.

24 Na tradução portuguesa, p. 66. No original, p. 57.

25 Na tradução portuguesa, p. 114. No original, p. 102-103 (ênfase omitida).

26 Na tradução portuguesa, p. 114. No original, p. 103 (ênfase omitida).

Devemos entender o ponto de vista interno de Hart como um comprometimento em agir de todas as formas referidas anteriormente. Isto é, alguém toma o ponto de vista interno em relação a uma regra quando intenta agir em conformidade com ela, critica outros por falharem em se conformar, não critica outros por criticarem e expressa sua crítica usando linguagem avaliativa. Essa interpretação é confirmada pelo pós-escrito de Hart: “[Aceitação] consiste na disposição permanente de os indivíduos tomarem tais modelos não só como guias para a sua futura conduta, mas também como padrões de crítica que podem legitimar pretensões e várias formas de pressão [...]”.²⁷ Essa “disposição permanente”, ademais, pode ser inculcada ou adotada por qualquer razão.

[A]lgumas regras podem ser aceites simplesmente por deferência com a tradição, ou pelo desejo de identificação com outros, ou pela crença de que a sociedade sabe melhor o que é vantajoso para os indivíduos. Estas atitudes podem coexistir com uma impressão mais ou menos vívida de que as regras são moralmente censuráveis.²⁸

III. A CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA PARA REGRAS SOCIAIS

Na seção anterior, eu descrevi o ponto de vista interno como a atitude prática de aceitação de regras e mostrei um uso negativo que esse conceito tem dentro da teoria de Hart. Como vimos, a existência do ponto de vista interno é usada para desacreditar as explicações positivistas dos antecessores de Hart, especialmente as teorias centradas na sanção de Austin, Kelsen, Ross e Holmes. O outro lado dessa crítica, claro, é o papel explicativo positivo que a aceitação de regras desempenha na explanação de Hart, nomeadamente, que a razão pela qual alguns membros de grupos agem como agem é porque eles aceitam certas regras a partir do ponto de vista interno. Esse ponto de vista explica por que eles se conformam às suas regras, criticam desvios e expressam sua orientação e avaliações em uma terminologia normativa.

Nós poderíamos dizer que a rejeição de Hart de teorias centradas na sanção deriva, ao menos em parte, de seu desejo de desenvolver uma teoria *geral* do direito. Hart insistia que uma teoria do direito levasse em consideração e estudasse todos os métodos que o direito providencia para a orientação da conduta. Como Hart retoricamente pergunta, por que o direito (e, portanto, a teoria do direito) não deveria também se importar com o “homem

•••

²⁷ Na tradução portuguesa, p. 317. No original, p. 255.

²⁸ Na tradução portuguesa, p. 319. No original, p. 257.

confuso' ou com o 'homem ignorante' que está disposto a fazer o que lhe é exigido, desde que lhe digam o que é?".²⁹ Uma teoria do direito adequada deve incluir em seu âmbito o fato de que o direito pode guiar a conduta seja por meio de suas regras, seja por meio de sanções ligadas às suas regras.³⁰

Decerto, Hart realmente privilegiou o ponto de vista interno em sua teoria do direito. Ao passo que ele pensava que todos em determinado grupo podiam tomar o ponto de vista interno, ele afirmava que era impossível que todos tomassem o ponto de vista externo. Pelo menos, autoridades³¹ jurídicas precisariam estar comprometidas com o direito para que nos seja possível dizer que algum grupo tem um sistema jurídico. Nesta seção, eu gostaria de explicar as razões de Hart para tomar essa posição.

Recorde que, de acordo com Austin, uma regra é uma regra jurídica apenas no caso de ela haver sido emanada, explícita ou tacitamente, de alguém que é habitualmente obedecido e não obedece habitualmente a mais ninguém. Hábitos, portanto, são centrais à concepção de soberania e juridicidade³² de Austin. Hart argumentou, entretanto, que hábitos não podem sustentar a soberania porque eles não podem conferir direitos e autoridade. Para isso, precisa-se de regras sociais.

Hart desenvolve sua teoria de regras sociais via uma comparação com hábitos sociais.³³ Regras sociais e hábitos são similares, de acordo com Hart, em um aspecto importante: ambos são regularidades comportamentais.³⁴ Apesar de não ser necessário que todo membro do grupo se engaje no comportamento, a maioria precisa fazê-lo para que uma regra social ou um hábito exista.³⁵

Além dessa similaridade, há três diferenças salientes entre regras sociais e hábitos. Primeira, desvios de regras sociais, em oposição a hábitos, engendram críticas de membros

...

²⁹ Na tradução portuguesa, p. 48. No original, p. 40.

³⁰ Cf., no original, p. 91.

³¹ N.T.: Optamos por traduzir "*officials*", neste artigo, como "autoridades", embora o termo, muito comum na teoria do direito contemporânea, seja um pouco mais abrangente que isso, nele incluindo também funcionários, legisladores e, até mesmo, advogados.

³² N.T.: Optamos por traduzir "*legality*" como "juridicidade" em virtude de o termo se referir mais à propriedade ou estado de coisas que faz algo ser jurídico, ou parte do direito, e menos às ideias mais robustas de "legalidade" como Império da Lei ou de legalidade como princípio jurídico.

³³ Cf., no original, p. 55-60.

³⁴ Cf., no original, p. 55.

³⁵ Cf., no original, p. 55.

do grupo.³⁶ Segunda, essas críticas são tomadas como legítimas.³⁷ Terceira, quando um hábito social existe, aqueles que se engajam no modelo de comportamento não precisam estar cientes de que estão engajados no comportamento, nem precisam ter a intenção de ensinar outros a se engajarem nele ou procurar mantê-lo.³⁸ Em contraste, um grupo tem uma regra social somente quando membros do grupo tratam o modelo de comportamento existente como um padrão comum para o comportamento. O grupo tem uma regra social, em outras palavras, quando eles tomam o ponto de vista interno em relação a certas regularidades comportamentais.³⁹

Regras sociais, portanto, têm o que Hart chama de um aspecto tanto externo quanto interno.⁴⁰ Elas têm um aspecto externo, o qual elas compartilham com hábitos, no sentido de que a maioria dos membros do grupo se conforma ao comportamento. Regras sociais e hábitos são regularidades de comportamento. Entretanto, elas também têm um aspecto interno, no sentido de que essas regularidades são explicadas pelo fato de que membros do grupo possuem uma atitude crítica reflexiva. Membros do grupo agem *como regra* porque eles aceitam que *há uma regra*.

É crucial notar que Hart não está apenas estabelecendo condições sob as quais é apropriado dizer que um grupo aceita uma regra social ou que o grupo tem uma regra. Ele está propondo condições para a existência de regras sociais.⁴¹ De acordo com Hart, uma regra social existe em um grupo G apenas no caso de membros do grupo se engajarem em certa prática do ponto de vista interno. Na visão de Hart, portanto, o soberano tem o direito de criar regras se, e só se, há uma prática social de tratar suas diretivas como vinculantes. Essa prática não pode ser um mero hábito, mas deve ter um aspecto interno também. Membros do grupo não podem simplesmente agir de acordo com a vontade do soberano, mas precisam agir *por causa* dela.

Até então, nós estivemos discutindo a teoria de Hart de regras sociais, na qual regras sociais existem somente quando elas são praticadas. Hart também reconhece que regras podem

...

³⁶ Cf., no original, p. 55.

³⁷ No original, p. 55-56.

³⁸ No original, p. 56.

³⁹ No original, p. 56-57.

⁴⁰ Ver, no original, p. 56-57 e p. 88-91.

⁴¹ Ver, *e.g.*, na tradução portuguesa, p. 67 (“A aceitação e, portanto, a *existência* de tal regra manifestar-se-ão durante a vida de Rex I, em parte por obediência a ele, mas também pelo reconhecimento de que ele tem direito à obediência, em virtude da sua qualificação no domínio da regra geral [ênfase adicionada]). Ver, no original, p. 58 e p. 109-110.

existir mesmo que elas não sejam seguidas. Atravessar a rua fora da faixa de pedestres pode ser ilegal, por exemplo, apesar de todo mundo fazê-lo. A regra que proíbe atravessar fora da faixa, em outras palavras, existe em algumas jurisdições embora haja pouco comportamento de conformidade.

Para Hart, pode-se dizer que existe uma regra R_1 , mesmo na ausência de uma prática social, quando existe alguma outra regra social R_2 que requer que certos membros do grupo sigam R_1 . Na terminologia hartiana, uma regra primária existe quando ela é “válida” por uma regra secundária.⁴² Nós podemos dizer, por exemplo, que a regra que proíbe atravessar fora da faixa existe ou é juridicamente válida porque ela é corroborada pela regra de reconhecimento na jurisdição em questão. A justificação para tais enunciados depende do fato de que autoridades jurídicas tomam o ponto de vista interno em relação à sua regra de reconhecimento.

A existência do ponto de vista interno, portanto, subscreve a de todas as regras jurídicas. Sem supor que autoridades tomam a atitude de aceitação de normas em relação à regra de reconhecimento, não poderia haver uma regra de reconhecimento e, conseqüentemente, o direito não poderia existir, por uma questão conceitual. Na medida em que teorias centradas na sanção falham em admitir a existência de tais atitudes, elas falham em explicar a própria possibilidade de sistemas jurídicos.

IV. A INTELIGIBILIDADE DA PRÁTICA JURÍDICA

Por vezes, pensa-se que Hart introduziu o ponto de vista interno para explicar como regras sociais e, em seu turno, o direito, podem dar a membros de um grupo razões para a ação. Por causa disso, Hart criticou Austin por pensar que hábitos e ameaças podem conferir direitos genuínos e impor obrigações genuínas, e “genuíno” aqui significa a partir da perspectiva da razão correta. Em contraste com hábitos e ameaças, ele argumentou, somente regras sociais são entidades fornecedoras de razões. Regras sociais têm esse poder normativo porque elas são regularidades de comportamento aceitas do ponto de vista interno.

Dada essa interpretação, claro, as alegações de Hart são completamente desconcertantes, pois ele nunca explica como o ponto de vista interno imbui força normativa às regras. Afinal, regras sociais diferem de hábitos, em que as primeiras são constituídas por dois tipos de regularidades sociais, nomeadamente, comportamental e atitudinal, enquanto hábitos são constituídos meramente por um tipo de regularidade social. Hart, contudo, não nos conta por que esse segundo tipo de regularidade faz a diferença. Como o fato de autoridades jurídicas

...

⁴² Ver, no original, p. 107-110.

pensarem que o soberano tem o direito de governar efetivamente dá a ele o direito de governar? E como o fato de a maioria dos membros do grupo acreditar que outros têm uma razão ou uma obrigação de Φ dá a eles uma razão ou obrigação de Φ ? Como Jules Coleman e Brian Leiter colocaram:

A alegação de que a autoridade de uma regra social é derivada do ponto de vista interno, portanto, remonta à visão de que o que faz uma norma ser fornecedora de razões é o fato de que a maioria dos indivíduos a tratam como tal. Mas a autoridade de uma regra (sua capacidade de dar razões) não pode ser fundamentada no mero fato de que indivíduos a tratam como fornecedora de razões.⁴³

Claramente, Hart não tinha a intenção de que o ponto de vista interno fosse capaz de explicar a natureza fornecedora de razões das regras sociais e do direito. De fato, não acredito que Hart pensava que era tarefa da teoria do direito dar conta de qualquer explicação desse tipo. Eu argumento, em vez disso, que o objetivo de Hart, ao introduzir o ponto de vista interno, era, em adição aos dois objetivos mencionados anteriormente, tornar os pensamentos e o discurso de atores jurídicos compreensíveis.⁴⁴ O ponto de vista interno, em outras palavras, não explica a moralidade ou racionalidade da atividade jurídica, mas sim sua própria inteligibilidade.

Um modo de apreciar as críticas de Hart a Austin é imaginar como atores que vivem em um sistema austiniano conceberiam sua obediência habitual. É possível a qualquer um entender sua deferência ao soberano reconhecendo seu direito a governar? Claramente não. Hábitos, Hart nos recorda, não são atividades normativas.⁴⁵ Alguém que se engaja em um hábito não o toma como um padrão de conduta e tenta se conformar a ele. De fato, pode-se até mesmo não estar ciente de que se tem um hábito. Ademais, não se critica a si mesmo por falhar em agir de maneira habitual. Exceto em circunstâncias bizarras, ninguém diz a si mesmo

...

⁴³ COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Legal Positivism. In: PATTERSON, Dennis. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 1996. p. 241 e 247. Jules Coleman e Brian Leiter vão adiante para oferecer um argumento a favor da natureza fornecedora de razões do ponto de vista interno. Independentemente de esses argumentos terem sucesso, eu não penso que eles representam uma interpretação acurada da teoria de Hart (e, julgando pelo trabalho posterior de Coleman, ver: COLEMAN, Jules L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 103, tampouco o pensa Coleman).

⁴⁴ “Ator jurídico” se refere a qualquer um que tenha a intenção de fazer o que o direito requer que ele ou ela faça.

⁴⁵ Ver, no original, p. 56.

“Eu deveria ter dito ‘ãh...’ mais frequentemente hoje”. Em contraste, aqueles que aceitam regras que requerem deferência ao soberano efetivamente reconhecem o direito do soberano de governar. Eles se consideram vinculados aos seus pronunciamentos e justificados em criticar outros por falhar em obedecer. Para eles, o soberano é o *soberano*.

O mesmo exercício mostra as inadequações da teoria da obrigação de Austin. É inteligível a qualquer um considerar que as ameaças do soberano criam obrigações? De novo, a resposta é claramente não. Dado que não se considera que o soberano tem o direito de governar, suas palavras não criam padrões de conduta. Se alguém acreditasse ser possível escapar da punição, então ele se consideraria livre para desobedecer. Tampouco ele criticaria qualquer outra pessoa por desobedecer. Entretanto, aqueles que respondem às diretivas do soberano não simplesmente como ameaças, mas como regras, de fato concebem, a si mesmos e a outros, que serão obrigados a agir de acordo com elas. Eles aceitam as palavras do soberano como novos padrões de conduta e avaliação, como guia não apenas com advertências precisas de algum mal, mas com demandas legítimas de conduta.

O objetivo de Hart ao introduzir o ponto de vista interno, portanto, não era explicar a natureza fornecedora de razões da prática jurídica, mas sim explicar a inteligibilidade da atividade. Na medida em que participantes concebem o direito como uma instituição social que consiste em direitos e obrigações, eles também precisam, sob pena de incoerência, aceitar certas regras que requerem e permitem vários caminhos de conduta. Uma teoria como a de Austin, que não admite regras ou sua aceitação, portanto, torna incompreensível o modo como participantes jurídicos pensam sobre suas ações. Note que essa crítica a Austin é bem mais danosa que aquela que nós encontramos inicialmente na seção II. A alegação aqui não é simplesmente a de que Austin está errado sobre as verdadeiras motivações de participantes jurídicos, mas a de que ele não poderia estar certo. Por ser a atividade jurídica uma atividade guiada por regras, uma teoria que privilegia hábitos e sanções sobre regras não só dá uma explicação pobre das ações de participantes, mas, o mais importante, falha em explicar a coerência de seus pensamentos.⁴⁶ Como Hart apontou,

[a] diferença pode parecer ligeira entre a análise da afirmação de obrigação como predição ou cálculo de probabilidades, de reacção ao desvio, e a nossa própria posição de que [...] seu uso característico não consiste em predizer isto, mas em dizer que o caso de uma pessoa cai sob tal regra [...]. Na verdade, até que a sua importância seja captada, não podemos compreender adequadamente todo o estilo distintivo do pensamento, discurso

• • •

⁴⁶ Note que a teoria de Hans Kelsen escapa dessa crítica geral na medida em que, para ela, o direito consiste em normas. Ver, de forma geral, RAZ, Joseph. *Kelsen's Theory of the Basic Norm*. In: RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 122-145.

e acção humanos que está envolvido na existência de regras e que constitui a estrutura normativa da sociedade.⁴⁷

V. A SEMÂNTICA DO DISCURSO JURÍDICO

Há mais um papel que o ponto de vista interno exerce na teoria de Hart: ele lhe possibilita conferir uma semântica naturalisticamente aceitável a enunciados jurídicos.

Apesar de não mais ser uma posição filosófica popular, à época que Hart escreveu *O conceito de direito*, o Realismo Escandinavo estava em pleno desabrochar. Os realistas escandinavos, como Axel Hägerström, Karl Olivecrona e Alf Ross, eram céticos quanto a “conversa sobre regras” e acreditavam que pensar e falar sobre a “existência” de regras ou sobre sua “validade jurídica” era equivalente a se engajar em misticismo.⁴⁸ Seu ceticismo se originava de um comprometimento com uma versão austera do naturalismo, de acordo com a qual fatos normativos não existem. Eles procuravam, portanto, tornar a linguagem jurídica empiricamente respeitável ao propor teorias preditivas da obrigação e da validade jurídicas. Dizer que uma regra é válida, para esses realistas, não é atribuir uma “propriedade misteriosa” a ela, mas sim fazer uma previsão sobre o comportamento de um tribunal. Desse modo, enunciados jurídicos expressariam proposições naturalisticamente aceitáveis.

Como vimos, Hart pensava que análises preditivas eram um erro completo, mas ele simpatizava com o impulso escandinavo de criar espaço para o direito no mundo natural. Hart, portanto, propôs uma explicação de semântica jurídica que procurava tornar a linguagem jurídica naturalisticamente respeitável. Novamente, o ponto de vista interno exerce o papel principal aqui.

Correspondendo à diferença entre pontos de vista interno e externo, Hart distingue entre enunciados internos e externos.⁴⁹ Um enunciado interno expressa a aceitação de uma regra. Em contextos jurídicos, exemplos incluem enunciados da forma “É lei que ...” ou “A regra

47 Na tradução portuguesa, p. 98. No original, p. 88.

48 Ver, e.g., HÄGERSTRÖM, Axel; OLIVECRONA, Karl. *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953; OLIVECRONA, Karl. *Law as Fact*. 2. ed. Londres: Stevens & Sons, 1971; ROSS, Alf. *On Law and Justice*. Londres: Stevens & Sons, 1958. Para uma visão geral do Realismo Jurídico Escandinavo, ver BJARUP, Jes. *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism*. *Ratio Juris*, Marshall, v. 18, n. 1, p. 1-15, 2005. Para a crítica de Hart a essa escola teórico-jurídica, ver HART, H. L. A. *Scandinavian Realism*. In: HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 161.

49 Na tradução portuguesa, p. 114-115. No original, p. 102-103.

que ... é juridicamente válida”.⁵⁰ De acordo com Hart, tais enunciados normalmente expressam duas atitudes distintas. Primeiro, eles expressam aceitação da regra de reconhecimento da jurisdição em particular como o teste apropriado para determinar pertencimento no sistema jurídico. Segundo, enunciados jurídicos internos expressam juízos de que certas regras passam no teste. Hart se esforça para fazer notar que tais asserções não enunciam esses últimos juízos. Dizer que é lei que nenhum veículo é permitido no parque não é dizer que a regra do sem-veículos-no-parque passa nos testes de validade jurídica estabelecidos na regra de reconhecimento do sistema. Em vez disso, o enunciado expressa esse mesmo juízo sem enunciá-lo.⁵¹

Por outro lado, enunciados externos não expressam a aceitação de uma regra ou sua aplicação. Assertivas como “Na Inglaterra, eles reconhecem o que quer que a Rainha no Parlamento promulgue” enunciam a existência de uma regra social.⁵² Claro, quem as estabelece pode efetivamente aceitar essa regra, mas o enunciado propriamente dito não expressa a aceitação.

Enunciados externos, portanto, são enunciadore de fatos, ao passo que enunciados internos não o são. Se eu digo “eles têm uma regra por aqui sobre homens tirarem seus chapéus na igreja”, estou enunciando sobre o mundo, nomeadamente, que uma regularidade comportamental e atitudinal existe dentro de certo grupo. Se meu enunciado é verdadeiro, então o termo “regra” efetivamente se refere a algum fato social bruto. Em contraste, enunciados internos não enunciam fatos. Um enunciado jurídico interno é como o “fora” de um árbitro, expressando, ainda que não enunciando, certos juízos jurídicos.⁵³

Ao alegar que todos os enunciados jurídicos são enunciados ou internos ou externos, Hart procurou assegurar a respeitabilidade empírica da linguagem jurídica. Dizer, por exemplo, que uma regra é legalmente válida não é enunciar que alguma entidade fantasmagórica possui alguma propriedade mística de validade. Em vez disso, é expressar as atitudes do falante em relação à regra de reconhecimento e sua aplicabilidade. Ademais, dizer que a regra de reconhecimento existe expressa, sim, um fato, mas a regra referida é qualquer coisa, menos fantasmagórica. É simplesmente um fato que certas pessoas agem e pensam de certa maneira.

Ainda que ele não use esses rótulos, o programa semântico de Hart pode ser descrito como uma mistura de cognitivismo e não cognitivismo. No que diz respeito a compreender asserções sobre a existência de regras jurídicas secundárias, tais como a regra de reconhecimento, Hart

50 No original, p. 102-103.

51 Ver, no original, p. 103.

52 Ver, no original, p. 102.

53 Ver, no original, p. 102-103.

é um cognitivista. Essas asserções enunciam proposições e, portanto, são capazes de ser verdadeiros ou falsos. Esse cognitivismo se baseia em uma explicação redutiva de regras sociais. Para Hart, uma regra social *apenas* é uma prática social e, por isso, dizer que a regra de reconhecimento existe é simplesmente enunciar que certa regularidade de comportamento é comumente aceita como um padrão de conduta.⁵⁴ No que concerne a enunciados sobre a existência de regras jurídicas primárias, por outro lado, Hart é um não cognitivista. Esses enunciados não enunciam proposições, logo não podem ser verdadeiros ou falsos. Esse tipo particular de não cognitivismo é uma forma de expressivismo sobre normas.⁵⁵ Enunciar que uma regra jurídica é válida é expressar a aceitação de uma norma que requer que certas ações sejam seguidas.

Apesar de Hart ter acreditado que o ponto de vista interno possibilitava ao teórico do direito conferir uma semântica livre de absurdos e naturalisticamente aceitável para enunciados jurídicos, ele não argumenta, nem há razão para acreditar, que esse é a única maneira para encontrar um lugar para fatos jurídicos no mundo natural. É verdade que o expressivismo sobre normas é uma rota muito promissora e atraente para um naturalista seguir, mas seria prematuro, neste estágio do debate metaético, supor que nenhum outro projeto semântico poderia ter sucesso.

Também deve ser ressaltado que não é preciso ir tão longe quanto Hart foi, ao afirmar que o próprio *significado* de enunciados jurídicos internos é dado por sua função expressiva, para ver por que teorias centradas na sanção, tais como as de Austin, Holmes e Ross, não podem estar corretas.⁵⁶ Em qualquer teoria geral do direito plausível, enunciados jurídicos vão caracteristicamente exercer um papel expressivo. Quando um juiz diz que alguém é obrigado a pagar os seus impostos e que falhar em fazê-lo constitui um delito, parece que ele está expressando aprovação quanto a pagar seus impostos e condenando o fracasso em fazê-lo. Isso é ainda mais óbvio quando certos atos são considerados errados e os perpetradores são julgados culpados em um tribunal de justiça.

Mas, se uma teoria do direito não admitisse regras, ou sua aceitação, não seria possível dar conta da função expressiva do discurso jurídico. Para isso, se tomamos toda obediência como mero comportamento habitual, estaremos negligenciando as próprias atitudes tipicamente expressadas por enunciados tais como “O soberano tem o direito de ser obedecido”.

...

⁵⁴ Ver, no original, p. 110.

⁵⁵ Para uma interpretação similar de Hart como um expressivista sobre normas precoce, ver TOH, Kevin. Hart’s Expressivism and His Benthamite Project. *Legal Theory*, Cambridge, v. 11, p. 75, 2005.

⁵⁶ A teoria de Kelsen também escapa dessa objeção. Ver RAZ, Joseph. Kelsen’s Theory of the Basic Norm. In: RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 122-145.

Similarmente, se alguém é ameaçado com algum mal a não ser que ele faça Φ , mas nós ignoramos sua atitude em relação à adequação da ameaça ou tratamos seus enunciados sobre tais ameaças como meras predições sobre a probabilidade de sua execução, nós seremos incapazes de dar conta da função pragmática de enunciados tais como “Eu sou obrigado a Φ ”.

CONCLUSÃO

Teorias centradas na sanção devem ser rejeitadas por três razões. Primeira, elas são míopes ao focar exclusivamente em um tipo de motivação que as pessoas podem ter para obedecer ao direito, nomeadamente para evitar serem sancionadas, enquanto ignoram ou apagam outras razões que elas podem ter para a obediência, como uma preocupação em seguir as próprias regras. Segunda, elas são incapazes de explicar a própria possibilidade de um sistema jurídico, pois negligenciam as atitudes de aceitação de regras que são metafisicamente responsáveis pela existência do direito. Terceira, a maioria dessas teorias é incapaz de dar conta da inteligibilidade da prática e do discurso jurídicos, pois não faz sentido pensar ou dizer que o direito impõe certas obrigações e confere certos direitos a não ser que também se tenha aceitado as regras que impuseram aquelas obrigações e conferiram aqueles direitos.

Em cada caso, teorias centradas na sanção são falhas porque elas ignoram o ponto de vista interno. Se uma teoria do direito deve ser geral e explicar a existência do direito e a inteligibilidade do pensamento e do discurso jurídicos, então ela deve levar em conta a atitude prática de aceitação de regras. Assim argumentou Hart, e nesse aspecto eu penso que ele estava correto.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. Londres: Weidenfeld and Nicolson, 1954.

BJARUP, Jes. The Philosophy of Scandinavian Legal Realism. *Ratio Juris*, Marshall, v. 18, n. 1, p. 1-15, 2005.

BLACK, Donald. *The Behavior of Law*. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 1976.

COLEMAN, Jules L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Legal Positivism. In: PATTERSON, Dennis. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 1996.

HÄGERSTRÖM, Axel; OLIVECRONA, Karl (orgs.). *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. (Clarendon Law Series)

HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

LEITER, Brian. Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. *Texas Law Review*, Texas, v. 76, n. 15, p. 267-315, dez. 1997.

OLIVECRONA, Karl. *Law as Fact*. 2. ed. Londres: Stevens & Sons, 1971.

PERRY, Stephen R. Interpretation and Methodology in Legal Theory. In: MARMOR, Andrei. *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence as Practical Philosophy. *Legal Theory*, Cambridge, v. 4, n. 32, p. 329-357, set. 1998.

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1992.

RAZ, Joseph. Kelsen's Theory of the Basic Norm. In: RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

ROSS, Alf. *On Law and Justice*. Londres: Stevens & Sons, 1958.

SHAPIRO, Scott J. The Bad Man and the Internal Point of View. In: BURTON, Steven J. *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Cambridge: Cambridge University Press, 2000. (Cambridge Studies in Philosophy and Law)

TOH, Kevin. Hart's Expressivism and His Benthamite Project. *Legal Theory*, Cambridge, v. 11, p. 75-123, 2005.

COMO CITAR ESTA TRADUÇÃO:

SHAPIRO, Scott J. O que é o ponto de vista interno? Tradução de João Henrique Luttmer e Bárbara Ronsoni de Oliveira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022.

AUTOR

Scott J. Shapiro

PROFESSOR CHARLES F. SOUTHMAYD DE DIREITO E PROFESSOR DE FILOSOFIA DA ESCOLA DE DIREITO DE YALE.

scott.shapiro@yale.edu

TRADUÇÃO

João Henrique Luttmer

GRADUADO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE (FURG).

joaluttmer@gmail.com
joahenriquegnr@gmail.com

Bárbara Ronsoni de Oliveira

GRADUANDA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE (FURG). BOLSISTA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (PIBIC/CNPq).

barbararonsoni@gmail.com

1 Universidade de Nova York, Nova York, Estados Unidos

2 Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-1943-0110>

3 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-7761-1315>

4 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-1855-7793>



O cerne da posição contrária à revisão judicial

THE CORE OF THE CASE AGAINST JUDICIAL REVIEW

Jeremy Waldron¹

Tradução do texto:

WALDRON, JEREMY. THE CORE OF THE CASE AGAINST JUDICIAL REVIEW. *THE YALE LAW JOURNAL*, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, ABR. 2006.

Tradução: Bruno da Cunha de Oliveira², Daniel Wei Liang Wang³ e José Garcez Ghirardi⁴

Resumo

Este ensaio apresenta a posição geral contrária à revisão judicial de legislação de maneira clara e sem se deter em discussões sobre decisões específicas ou na história de sua emergência em sistemas específicos de direito constitucional. O ensaio critica a revisão judicial sob duas bases principais. Primeiro, argumenta-se que não há razão para supor que direitos são mais bem protegidos por essa prática do que por legislaturas democráticas. Em segundo lugar, argumenta-se que, independentemente dos resultados que ela gera, a revisão judicial é democraticamente ilegítima. O segundo argumento é conhecido; o primeiro, não tanto.

A posição contrária à revisão judicial não é, contudo, absoluta ou incondicional. Neste ensaio, ela pressupõe diversas condições, incluindo as de que a sociedade em questão tenha instituições democráticas que funcionem bem e que a maioria de seus cidadãos leve os direitos a sério (mesmo se eles discordarem sobre quais direitos eles têm). Este ensaio finaliza examinando o que decorre da ausência dessas condições.

Palavras-chave

Revisão judicial; constitucionalismo; democracia; direitos; legislação.

Abstract

This essay states the general case against judicial review of legislation clearly and in a way that is uncluttered by discussions of particular decisions or the history of its emergence in particular systems of constitutional law. The essay criticizes judicial review on two main grounds. First, it argues that there is no reason to suppose that rights are better protected by this practice than they would be by democratic legislatures. Second, it argues that, quite apart from the outcomes it generates, judicial review is democratically illegitimate. The second argument is familiar; the first argument less so.

However, the case against judicial review is not absolute or unconditional. In this Essay, it is premised on a number of conditions, including that the society in question has good working democratic institutions and that most of its citizens take rights seriously (even if they may disagree about what rights they have). The essay ends by considering what follows from the failure of these conditions.

Keywords

Judicial review; constitutionalism; democracy; rights; legislation.

INTRODUÇÃO

Os juízes deveriam ter autoridade para invalidar leis quando estivessem convencidos de que elas violam direitos individuais? Em muitos países eles têm. O exemplo mais conhecido são os Estados Unidos. Em novembro de 2003, a Suprema Corte Judicial de Massachusetts decidiu que as leis estaduais sobre licença para casar* violavam os direitos constitucionais estaduais ao devido processo legal e à igual proteção perante a lei ao implicitamente limitar o reconhecimento jurídico do casamento à união entre um homem e uma mulher.¹ A decisão entusiasmou muitas pessoas que sentiam que seus direitos não haviam sido reconhecidos e que, por serem homens e mulheres homossexuais, eram tratados como cidadãos de segunda classe sob o direito matrimonial existente.² Mesmo se o resultado da decisão for eventualmente revertido por uma emenda à constituição do estado, os autores da ação e seus apoiadores podem sentir que ao menos a questão de direitos está agora sendo confrontada diretamente. Uma boa decisão e um processo em que reivindicações de direitos sejam permanentes e seriamente considerados:³ para muitas pessoas essas são as razões para se proteger a instituição da revisão judicial. Elas reconhecem que a revisão judicial às vezes leva a decisões ruins – como a invalidação de 170 leis trabalhistas por cortes estaduais e federais durante a era *Lochner*⁴ – e, também, reconhecem que a prática padece de algum tipo de déficit democrático. Todavia, dizem elas, esses custos são frequentemente exagerados e distorcidos. O processo democrático está longe de ser perfeito e, de qualquer forma, a objeção democrática é em si problemática quando o que está em jogo é a tirania da maioria. Elas argumentam que podem tolerar um resultado ruim ocasional como preço pela prática que proporcionou decisões como *Lawrence*, *Roe* e *Brown*,⁵ que reafirmaram o compromisso da nossa sociedade com os direitos individuais em face de maiorias preconceituosas.

• • •

* N.T.: Em alguns estados dos Estados Unidos, como o Massachusetts, é necessária uma licença para que o casal seja autorizado a se casar. É após a obtenção dessa licença e a realização da cerimônia de casamento que a certidão de casamento é emitida.

1 *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941, Mass. 2003.

2 Cf. Landmark Ruling: The Victors. *Boston Herald*, 19 nov. 2003. p. 5.

3 É uma adaptação de uma frase de Ronald Dworkin, em: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985. p. 9-32.

4 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905. O cálculo do número total de casos em que leis estaduais ou federais sobre relações trabalhistas e condições de trabalho foram invalidadas no período de 1880 a 1935 baseia-se em listas apresentadas em: FORBATH, William E. *Law and the Shaping of the American Labor Movement*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991. Apêndices A e C. p. 177-192, 199-203.

5 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973; *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483, 1954.

Essa é praticamente a última coisa boa que direi sobre a revisão judicial (quero reconhecer de antemão o valor de muitas das decisões que ela nos proporcionou e a complexidade das questões procedimentais). Este ensaio argumentará que a revisão judicial de legislação é inadequada como um modelo de tomada de decisões definitivas em uma sociedade livre e democrática.

Argumentos nesse sentido já foram apresentados antes, e com frequência. É natural que isso ocorra em relação a esse tipo de prática. Dentro da teoria política liberal, a supremacia legislativa é frequentemente associada ao autogoverno popular,⁶ e os ideais democráticos sempre permanecerão em uma relação desconfortável com qualquer prática que afirma que legislaturas eleitas devem operar somente sob o beneplácito de juizes não eleitos. Alexander Bickel resumiu a questão na bem conhecida expressão “a dificuldade contramajoritária”.⁷ Nós podemos tentar mitigar essa dificuldade, disse Bickel, mostrando que os procedimentos legislativos existentes não representam perfeitamente a vontade popular ou da maioria. Contudo, continuou ele,

nada nas complexidades e perplexidades adicionais do sistema, que a ciência política moderna tem explorado com admirável e engenhosa diligência, e algumas das quais ela tem tendido a multiplicar com uma fertilidade que ultrapassa o mero zelo do descobridor – nada nessas complexidades pode alterar a realidade essencial de que a revisão judicial é uma instituição desviante na democracia americana.⁸

Em países que não permitem que a legislação seja invalidada dessa forma, o próprio povo pode decidir em definitivo, por processos legislativos ordinários, se eles querem permitir aborto, ações afirmativas, *vouchers* escolares e casamento homoafetivo. Eles podem decidir por si mesmos se terão leis punindo a expressão pública de ódio racial ou restringindo os gastos dos candidatos nas eleições. Se eles discordarem sobre qualquer um desses assuntos, podem eleger representantes para deliberar e resolver a controvérsia por meio do voto no Legislativo. Isso foi o que aconteceu, por exemplo, na Grã-Bretanha nos anos 1960, quando

...

⁶ O *locus classicus* desse conceito é: LOCKE, John. *The Second Treatise of Government*. In: LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Edição de Peter Laslett. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1988 [1690]. p. 265, 366-367.

⁷ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. 2. ed. New Heaven/Londres: Yale University Press, 1986. p.16-17. (“[R]evisão judicial é uma força contra-majoritária em nosso sistema [...] Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo... ela frustra a vontade dos representantes do povo de verdade do aqui e do agora...”).

⁸ *Idem*, p. 17-18.

o Parlamento debateu a liberalização da legislação sobre o aborto, a legalização de condutas homossexuais consentidas entre adultos e a abolição da pena de morte.⁹ Em cada uma dessas questões, a ampla deliberação pública se refletiu em um debate sério na Câmara dos Comuns. A qualidade desses debates (e de debates similares no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia e em outros lugares) torna sem sentido a alegação de que legisladores são incapazes de lidar responsabilmente com tais controvérsias – assim como os resultados liberais desses procedimentos lançam dúvida sobre a alegação corriqueira de que maiorias populares não assegurarão os direitos das minorias.

Em contrapartida, nos Estados Unidos, o povo ou seus representantes nos Legislativos estaduais e federal podem enfrentar essas questões se eles quiserem, mas eles não têm certeza de que suas decisões prevalecerão. Se alguém que discorda da resolução legislativa decide levar a matéria ao Judiciário, a visão que prevalecerá será a dos juizes. Como observa Ronald Dworkin – e ele é um *defensor* da revisão judicial – sobre “questões de moralidade política complexas, controversas e profundas que filósofos, estadistas e cidadãos têm debatido por muitos séculos”, o povo e seus representantes simplesmente têm de “aceitar as decisões de uma maioria de juizes, cujo conhecimento sobre essas grandes questões não é particularmente especial”.¹⁰

Ao longo dos últimos anos, surgiram várias obras criticando a revisão judicial nos Estados Unidos.¹¹ Por anos, o apoio à prática tem vindo de liberais, enquanto a oposição vem de oponentes conservadores dos direitos que as cortes liberais asseguraram. Mais recentemente, no entanto, temos visto o crescimento da oposição liberal à revisão judicial, após a judicatura presidida por Rehnquist ter revertido algumas conquistas significativas da política legislativa liberal.¹² Entretanto, houve também defesas vigorosas da prática.¹³ O ducentésimo aniversário

• • •

9 Abortion Act, 1967, c. 87; Sexual Offences Act, 1967, c. 60; Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965, c. 71.

10 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 74.

11 Cf., por exemplo: KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Nova York: Oxford University Press, 2004; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

12 Cf., por exemplo, *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 2000 (derrubou parte do Violence Against Women Act); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 1995 (sustentou que o Congresso não tem autoridade para legislar uma proibição sobre a posse de armas dentro de uma certa distância de uma escola); cf. também: TUSHNET, Mark. Alarmism Versus Moderation in Responding to the Rehnquist Court. *Indiana Law Journal*, v. 78, p. 47-71, 2003. p. 47.

13 Cf., por exemplo: DWORKIN, nota 10 *supra*; EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional Self-government*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001; SAGER, Lawrence G. *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. New Heaven; Londres: Yale University Press, 2004.

de *Marbury v. Madison* suscitou diversas discussões sobre suas origens e sobre sua legitimidade original e o quinquagésimo aniversário de *Brown v. Board of Education* forneceu uma lembrança oportuna do serviço que as cortes nacionais prestaram na metade do século XX ao figurar na vanguarda do ataque à segregação e a outras leis racistas.

As linhas de batalha estão, portanto, traçadas, as manobras são familiares, e as posições dos dois lados estão bem compreendidas. Qual é o propósito da presente intervenção? Eu mesmo já escrevi muito sobre isso.¹⁴ Por que mais um artigo atacando a revisão judicial?

O que quero fazer é identificar um argumento central contra a revisão judicial que seja independente tanto de suas manifestações históricas quanto de questões sobre seus efeitos particulares – as decisões (boas e ruins) que ela produziu, as mágoas e alegrias que ela tenha trazido. Desejo focar em aspectos da posição contrária à revisão judicial que são distintos dos argumentos sobre a forma como juízes exercem seus poderes e sobre o espírito (deferente ou ativista) com que abordam a legislação submetida à sua aprovação. Livros recentes de Mark Tushnet e Larry Kramer mesclam uma crítica teórica da prática com discussões sobre suas origens históricas e a visão deles do que envolveria uma constituição dos Estados Unidos menos judicializada.¹⁵ Isso não é uma crítica a Tushnet ou a Kramer. Os livros deles são valiosos em grande medida por conta da riqueza e do colorido que eles trazem à controvérsia teórica. Como Frank Michelman afirma na contracapa de *The People Themselves*, a história de Kramer “dá vida aos debates sobre revisão judicial e constitucionalismo popular”.¹⁶ E é isso mesmo que ele faz. No entanto, eu quero dar um passo atrás e reduzir o argumento normativo à sua estrutura fundamental para que possamos olhar diretamente para a revisão judicial e ver quais são as premissas que a embasam.

Charles Black observou, certa vez, que, na prática, a oposição à revisão judicial tende a ser “uma coisa esporádica”, com pessoas a apoiando pelos poucos casos cujos resultados elas aprovam (como *Brown* ou *Roe*) e opondo-se a ela somente quando gera resultados que elas deploram.¹⁷ Na política, o apoio à revisão judicial está, às vezes, fortemente associado ao apoio

...

14 Cf., por exemplo: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 10-17, 211-312; WALDRON, Jeremy. *Deliberation, Disagreement, and Voting*. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (orgs.). *Deliberative Democracy and Human Rights*, 1999. p. 210 [doravante WALDRON, *Deliberation, Disagreement, and Voting*]; WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular Sovereignty*. In: GRABER, Mark A.; PERHAC, Michael (orgs.). *Marbury Versus Madison: Documents and Commentary*. CA: CQ Press, 2002. p. 181 [doravante WALDRON, *Judicial Power and Popular Sovereignty*]; WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993 [doravante WALDRON, *A Right-Based Critique*].

15 Cf. KRAMER, nota 11 *supra*; TUSHNET, nota 11 *supra*.

16 MICHELMAN, Frank. *Jacket Comment on KRAMER*, nota 11 *supra*.

17 BLACK JR., Charles L. *A New Birth of Freedom: Human Rights, Named and Unnamed*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 109.

a decisões específicas. Isso se torna ainda mais evidente no debate sobre o direito ao aborto, no qual se vê um traço de pânico na recusa dos partidários pró-escolha de sequer considerar o caso contra revisão judicial, devido ao medo de que isso proporcione força e encorajamento àqueles que consideram *Roe v. Wade* uma intromissão indevida nos direitos dos legisladores conservadores. Eu espero que delimitar a posição central contrária à revisão judicial abstraindo-a de suas consequências particulares possa ajudar a superar um pouco desse pânico. Pode ser que a revisão judicial ainda seja necessária como uma medida protetiva contra patologias legislativas relacionadas a sexo, raça ou religião em alguns países específicos. No entanto, mesmo se esse for o caso, vale a pena compreender se esse tipo de defesa ataca o cerne da questão, ou se, em vez disso, deveria ser considerada uma razão excepcional para se abster de seguir a tendência daquilo que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo muito convincente contra a prática.

Uma razão adicional para centrar a análise na estrutura fundamental da crítica teórica é a de que a revisão judicial é uma questão também para outros países, que têm uma história, uma cultura jurídica e uma experiência com instituições legislativas que são diferentes da que os Estados Unidos tiveram. Por exemplo, quando os britânicos debatem os poderes relativamente limitados que seus juízes têm para revisar legislação, eles não estão particularmente interessados no que os Republicanos disseram aos Federalistas em 1805, ou no legado de *Brown v. Board of Education*. O que se faz necessário é um entendimento geral, não contaminado pelas preocupações culturais, históricas e políticas de cada sociedade.¹⁸

Meus próprios escritos nesse campo têm sido mais abstratos que os da maioria; mas tenho buscado discutir a revisão judicial de uma forma que envolva outras questões da teoria do direito e da filosofia política.¹⁹ Eu não estou convencido de que tenha apresentado a objeção

•••

18 Repito, isso não é para descartar os relatos mais pormenorizados. A ideia por trás deste ensaio é que nós tenhamos uma visão clara do argumento teórico e o coloquemos ao lado de nossa compreensão mais rica sobre a forma como o debate se desenvolve, para citar alguns exemplos, no Reino Unido, nos Estados Unidos, no Canadá e na África do Sul.

19 Questionei se a própria ideia de direitos individuais nos compromete com a revisão judicial em: WALDRON, A Right-Based Critique, nota 14 *supra*. Refleti sobre sua relação com ideias cívicas republicanas em: WALDRON, Jeremy. Judicial Review and Republican Government. In: WOLFE, Christopher (org.). *That Eminent Tribunal: Judicial Supremacy and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 159; sobre sua relação com a diferença entre as concepções de Bentham e Rousseau acerca da democracia em: WALDRON, Jeremy. Rights and Majorities: Rousseau Revisited. In: CHAPMAN, John W.; WERTHEIMER, Alan (orgs.). *Nomos XXXII: Majorities and Minorities*. Nova York: New York University Press, 1990. p. 44 [doravante WALDRON, Rights and Majorities]; e sobre sua relação com as teorias continentais de soberania popular em: WALDRON, Judicial Power and Popular Sovereignty, nota 14 *supra*. Eu refleti sobre a relação da controvérsia da revisão judicial com debates de metaética sobre realismo e com a objetividade de valores em: WALDRON, Jeremy. The Irrelevance of Moral Objectivity. In: GEORGE, Robert P. (org.). *Natural Law Theory*.

principal de forma clara e organizada, e penso não ter dado respostas satisfatórias àqueles que criticaram os argumentos que apresentei em *Law and Disagreement* e em outros escritos.

Neste ensaio, sustentarei que a revisão judicial é vulnerável a ataques em duas frentes. Ela não fornece, como frequentemente se afirma, uma maneira para a sociedade focar claramente nas controvérsias reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; ao contrário, ela os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ela é politicamente ilegítima no que diz respeito a valores democráticos: ao privilegiar a maioria de votos obtida entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ela marginaliza os cidadãos comuns e põe de lado estimados princípios de representação e igualdade política na resolução definitiva de controvérsias sobre direitos.

Procederei da seguinte forma: na seção I, definirei o alvo do meu argumento – a versão forte da revisão judicial de legislação – e o distinguirei de outras práticas que não tenho intenção de atacar. A seção II estabelecerá alguns pressupostos dos quais o meu argumento depende: meu argumento contra revisão judicial não é incondicional, mas depende de certas características institucionais e políticas de democracias liberais modernas. A seguir, na Seção III, revisarei o caráter geral do argumento que me proponho a fazer. Esse argumento tratará tanto de razões relacionadas ao resultado quanto de razões relacionadas ao processo, que serão discutidas nas seções IV e V, respectivamente. Na seção VI, irei expor a falácia do argumento mais comum contra permitir que instituições representativas prevaleçam, a saber, que um sistema como esse inevitavelmente leva à tirania da maioria. Finalmente, na seção VII, abordarei um pouco sobre casos não centrais – isto é, casos em que há razões para se afastar dos pressupostos que embasam o argumento central.

I. DEFINIÇÃO DE REVISÃO JUDICIAL

Começo com uma breve explicação do que eu entendo por revisão judicial. Este é um ensaio sobre revisão judicial de legislação, não revisão judicial de atos ou decisões administrativas.²⁰

...

Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 158 [doravante WALDRON, The Irrelevance of Moral Objectivity]; e WALDRON, Jeremy. Moral Truth and Judicial Review. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 43, n. 1, p. 75-97, 1998 [doravante WALDRON, Moral Truth and Judicial Review]. Eu respondi a várias defesas da revisão judicial, partindo do argumento do pré-compromisso, cf.: WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry (org.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Nova York: Cambridge University Press, 1998. p. 271 [doravante WALDRON, Precommitment and Disagreement], ao argumento particular que Ronald Dworkin apresenta em *O direito da liberdade* a respeito da sua definitiva compatibilidade com a democracia, cf.: WALDRON, Jeremy. Judicial Review and the Conditions of Democracy. *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998.

²⁰ Muito do que é feito pela Corte Europeia de Direitos Humanos é revisão judicial de atos do Executivo. Parte é revisão judicial de atos do Legislativo e parte é, na verdade, revisão judicial de atos do Judiciário. Cf.

A questão que quero abordar envolve legislação ordinária promulgada pela legislatura eleita de uma comunidade política. Pode-se pensar que alguns dos mesmos argumentos se aplicam também a atos do Executivo, afinal, o Executivo tem algumas credenciais eleitorais próprias que o permitem se opor à tomada de decisão por juízes. Porém, é quase universalmente aceito que as credenciais eletivas do Executivo estão sujeitas ao princípio do Estado de Direito e que, como resultado, as autoridades públicas podem acertadamente ser requeridas pelas cortes a agir de acordo com a autorização legal.²¹ A proposição equivalente para os legisladores tem sido proposta também: revisão judicial é só a sujeição da legislatura ao Estado de Direito. Porém, no caso do Legislativo, isso não é incontestado; de fato, é precisamente essa a contestação de que me ocuparei aqui.

Várias práticas ao redor do mundo poderiam ser agrupadas sob a designação geral de revisão judicial de legislação. Elas podem ser distinguidas em diferentes dimensões. A diferença mais importante é entre o que eu chamarei de revisão judicial forte e revisão judicial fraca. Meu alvo é a revisão judicial forte.²²

Em um sistema de revisão judicial forte, as cortes têm a autoridade de se recusar a aplicar uma lei em um caso particular (embora a lei em seus próprios termos claramente se aplique àquele caso) ou modificar o efeito de uma lei para fazer sua aplicação se conformar aos direitos individuais (de formas que a lei em si não prevê). Além disso, cortes nesse sistema têm autoridade para estabelecer com força de lei que determinado diploma ou dispositivo legislativo não será aplicado, de forma que, como resultado do *stare decisis* e da coisa julgada,

...

KREIMER, Seth F. *Exploring the Dark Matter of Judicial Review: A Constitutional Census of the 1990s*. *William & Mary Bill Rights Journal*, v. 5, n. 2, p. 427-526, 1997, p. 458-459, para o argumento de que a maioria das decisões constitucionais da Suprema Corte dos Estados Unidos diz respeito a desafios a ações de burocratas menos graduados em vez de atos do Legislativo.

- 21 Seana Shiffrin, Richard Pildes, Frank Michelman e outros me instaram a refletir sobre o quanto meu argumento contra revisão judicial de legislação pode também se estender à revisão judicial de atos do Executivo à luz de leis promulgadas há muito tempo ou leis cujas provisões requerem interpretação extensiva das cortes. Claramente é preciso haver maior debate sobre isso. Aprofundar o assunto nessa direção pode ser considerado tanto uma *reductio ad absurdum* do meu argumento ou uma aplicação atraente dele.
- 22 A distinção entre revisão judicial forte e fraca é separada da questão de supremacia judicial. Supremacia judicial se refere à situação na qual (1) as cortes resolvem questões importantes para o sistema político todo, (2) essas resoluções são tratadas como absolutamente vinculantes a todos os outros atores no sistema político, e (3) as cortes não são deferentes às posições tomadas nessas questões por outros poderes (nem mesmo na extensão de o quão deferentes eles são a suas próprias decisões passadas sob um princípio limitado de *stare decisis*). Cf. FRIEDMAN, Barry. *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*. *New York University Law Review*, v. 73, n. 2, p. 333-433, 1998, p. 352 & n. 63, maio 1998; WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular Sovereignty*, nota 14 *supra*, p. 191-198.

uma lei que eles se recusaram a aplicar se torne, na prática, letra morta. Uma forma ainda mais forte de revisão judicial daria poder às cortes para efetivamente invalidar completamente uma lei. Algumas cortes europeias têm essa autoridade.²³ As cortes americanas não parecem tê-la,²⁴ mas o efeito real de sua autoridade não é muito menor que esse.²⁵

Em um sistema de revisão judicial fraca, em contrapartida, cortes podem examinar a conformidade da legislação com direitos individuais, mas eles não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque, do contrário, haveria violação de direitos.²⁶ Ainda assim, o escrutínio judicial pode ter algum efeito. No Reino Unido, as cortes podem revisar uma lei com a perspectiva de emitir uma “declaração de incompatibilidade” quando “a corte está convencida de que a disposição é incompatível com um direito da Convenção” – isto é, com um dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos conforme incorporada ao Direito britânico pelo *Human Rights Act*. Essa lei estipula que uma declaração como essa “não afeta a validade, operação continuada ou execução da norma a respeito da qual é feita; e [...] não é vinculante às partes do processo em que é emitida”.²⁷ Contudo, ainda assim, ela tem um efeito: um ministro pode usar tal declaração como autorização para iniciar um processo legislativo mais célere para remediar essa

• • •

23 Cf. CAPPELLETTI, Mauro; ADAMS, John Clarke. Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations. Seção Comment. *Harvard Law Review*, v. 79, n. 6, p. 1207-1224, abr. 1966. p. 1222-1223. Existem complicações mais profundas com relação a se uma lei declarada inválida é considerada como sendo inválida desde o momento de sua aprovação.

24 Essa questão não é clara. Em apoio à proposição de que leis inconstitucionais não são revogadas, considere *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 2000, no qual a Suprema Corte decidiu por maioria que uma lei federal (18 U.S.C. § 3501) pretendendo tornar confissões voluntárias admissíveis mesmo quando o réu não foi avisado de seus direitos era inconstitucional. As últimas palavras do voto dissidente do Justice Scalia naquele caso parece indicar que a legislação que a Suprema Corte julga inconstitucional permanece disponível para referência judicial. Justice Scalia disse: “Eu divirjo da decisão de hoje, e, até a § 3501 ser revogada, iriei continuar a aplicá-la em todos os casos em que houver fortes indícios de que a confissão do réu foi voluntária”. *Idem*, p. 464. Uma percepção contrária pode decorrer de *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846, 849, 5th Cir. 2004, na qual o Quinto Circuito julgou que a lei de aborto do Texas questionada em *Roe v. Wade* deve ser considerada revogada por consequência. Uma leitura aprofundada do caso, no entanto, mostra que a revogação implícita foi considerada efetuada pelas leis do Texas regulando o aborto depois de *Roe*, não pela decisão de *Roe* em si. (Sou grato a Carol Sanger por essa referência.)

25 Cf. FALLON, Jr., Richard H. Seção Commentary. As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 6, p. 1321-1370, abr. 2000. p. 1321, 1339-1340.

26 Cf. GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *The American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, p. 707-760, 2001.

27 Human Rights Act, 1998, c. 42, § 4(2), (6).

28 *Id.* § 10.

incompatibilidade.²⁸ (Esse é um poder que o ministro não teria não fosse o processo de revisão judicial que levara à declaração.)

Uma forma ainda mais fraca de revisão judicial não daria aos juízes nem mesmo esse grau de autoridade. Como suas equivalentes britânicas, as cortes da Nova Zelândia não podem se recusar a aplicar legislação quando ela viola direitos humanos (na Nova Zelândia, os direitos dispostos na *Bill of Rights Act* de 1990);²⁹ mas elas podem buscar encontrar interpretações que evitem a violação.³⁰ Apesar de lá as cortes terem indicado que elas estão preparadas para eventualmente emitir declarações de incompatibilidade por iniciativa própria, essas declarações na Nova Zelândia não têm qualquer efeito legal no processo legislativo.³¹

Existem alguns casos intermediários. No Canadá, existe uma norma sobre a revisão de legislação pelas cortes, e as cortes lá, como suas equivalentes dos Estados Unidos, podem se recusar a aplicar uma lei nacional ou provincial se ela viola as disposições da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Todavia, a legislação canadense (provincial ou nacional) pode ser redigida de forma que a isole desse escrutínio – assembleias canadenses podem legislar “não obstante” os direitos da Carta.³² Na prática, contudo, a cláusula do não obstante é

...

29 New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. N. 109, § 4 (“No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights)... [h]old any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or... [d]ecline to apply any provision of the enactment – by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.”). [“Nenhuma corte, em relação a qualquer ato legislativo (seja aprovado ou em vigor antes ou depois dessa Carta de Direitos)... considerará qualquer dispositivo do ato implicitamente revogado ou anulado, ou de qualquer forma inválido ou ineficaz; ou... declinará a aplicação de qualquer dispositivo do ato – por razão apenas de que o dispositivo é inconsistente com qualquer dispositivo dessa Carta de Direitos.”]

30 *Idem* § 6 (“Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.”) [“Sempre que um ato legislativo puder ser interpretado de uma forma que é consistente com os direitos e liberdades contidos nessa Carta de Direitos, essa interpretação deve ser preferida em relação a qualquer outra.”]

31 Cf. *Moonen v. Film & Literature Bd. of Review*, [2000] 2 N.Z.L.R. 9, 22-3 (C.A.).

32 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11, 5 33(1)-(2) (U.K.). The full text of the provision reads:

(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

[Carta Canadense de Direitos e Liberdades, Parte I do Ato da Constituição, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11, 5 33(1)-(2) (U.K.). O texto completo da disposição lê:

raramente invocada.³³ Assim, no que segue, eu considerarei o arranjo canadense como uma forma de revisão judicial forte, com sua vulnerabilidade a meu argumento apenas ligeiramente afetada pela possibilidade formal de veto.³⁴

Uma segunda distinção entre tipos de revisão judicial toma como foco o lugar dos direitos individuais no sistema constitucional de uma sociedade. Nos Estados Unidos, as leis são examinadas por sua conformidade aos direitos individuais conforme dispostos na Constituição.

•••

(1) O Parlamento ou o Legislativo de uma província pode declarar expressamente em um Ato do Parlamento ou do Legislativo, de acordo com as circunstâncias, que o Ato ou uma disposição desse deverá operar não obstante uma disposição incluída na seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta.

(2) Um ato ou uma disposição sobre a qual uma declaração feita conforme essa seção está em vigor terá operação como teria não houvesse o dispositivo dessa Carta referenciado na declaração.]

33 Os casos em que ela foi invocada ocorreram majoritariamente no contexto da política do Québec. Cf.: KAHANA, Tsvi. The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter. *Journal of the Institution of Public Administration of Canada*, v. 44, n. 3, p. 255-291, 2001. p. 255.

34 Jeffrey Goldsworthy sugeriu que o dispositivo do “não obstante” fornece uma resposta suficiente para aqueles que se preocupam, por motivos democráticos, com a prática da revisão judicial forte. GOLDSWORTHY, Jeffrey. Judicial Review, Legislative Override, and Democracy. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 451-472, 2003. p. 454-459. Não importa, ele diz, que o dispositivo seja raramente utilizado.

Certamente essa é a prerrogativa democrática do eleitorado a que Waldron seria obrigado a respeitar. Não estaria aberta para ele a possibilidade de objetar dizendo que um eleitorado engenhoso é propenso a ser enganado por uma objetividade ilusória dos direitos constitucionais, ou ficar deslumbrado pela mística do Judiciário – por uma crença ingênua nas experientes habilidades jurídicas, na sabedoria superior ou na imparcialidade dos juízes. Essa objeção refletiria precisamente a mesma falta de fé na capacidade do eleitorado de formar um autogoverno esclarecido que motiva proponentes de direitos constitucionalmente rígidos.

Idem, p. 456-457. Eu acredito que o problema real é que a seção 33 requer que a legislatura apresente incorretamente a sua posição sobre direitos. Legislar não obstante a Carta é uma forma de dizer que você não acredita que os direitos da Carta têm a importância que a Carta diz que eles têm. Entretanto, o impasse característico entre cortes e legislaturas não envolve um grupo de pessoas (juízes) que acredita que direitos da Carta são importantes e outro grupo de pessoas (legisladores) que não pensa assim. O que isso normalmente envolve são grupos de pessoas (maiorias e minorias legislativas e maiorias e minorias judiciais) nos quais todos acreditam que os direitos da Carta são importantes, apesar de eles discordarem sobre como os direitos relevantes devem ser entendidos. Goldsworthy reconhece isso:

Quando o Judiciário discorda, ou é esperado que ele discorde, da legislatura sobre o significado e efeito “verdadeiros” das provisões da Carta, a legislatura não pode garantir que seu ponto de vista irá prevalecer sem parecer que está passando por cima da Carta em si. E isso é vulnerável à politicamente letal objeção de que a legislatura está abertamente e confessamente subvertendo direitos constitucionais.

Idem, p. 467. No entanto, talvez não exista redação que evite essa dificuldade. Na prática, a legislatura está sempre um tanto à mercê das declarações públicas das cortes sobre o significado da Lei ou Carta de Direitos da sociedade. Sou grato a John Morley por esse apontamento.

A revisão judicial orientada por direitos é elemento essencial da revisão constitucional geral e as cortes invalidam leis por violações a direitos individuais exatamente no mesmo espírito em que invalidam leis por violações dos princípios do federalismo ou da separação de poderes.³⁵ Isso dá às defesas americanas da revisão judicial um molde peculiar. Embora defesas filosóficas da prática sejam frequentemente formuladas em termos da aptidão particular do Judiciário para lidar com proposições sobre direitos, na realidade, esse argumento é subordinado à defesa do papel estrutural que as cortes devem desempenhar na garantia das regras da Constituição. Às vezes, essas duas linhas de defesa são consistentes; outras vezes, elas desmoronam. Por exemplo, o textualismo pode parecer apropriado para questões estruturais, mas pode facilmente se mostrar uma base inapropriada para pensar sobre direitos, mesmo quando os direitos estão incorporados em um texto que goza de autoridade.³⁶ Em outros países, a revisão judicial é realizada com base em uma carta de direitos que não é especificamente designada como parte (da estrutura) da constituição. A revisão judicial fraca no Reino Unido, com base no *Human Rights Act*, é desse tipo. Visto que a maioria dos casos de revisão judicial forte é associada à revisão constitucional, eu focarei nesses casos. Contudo, é importante lembrar que uma abordagem orientada a limites estruturais pode não ser particularmente apropriada como base para refletir sobre direitos e, levar em conta, também, a questão de que muitas das contestações à revisão judicial orientada a direitos podem ser feitas igualmente a outras formas de revisão constitucional. Nos últimos anos, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou diversas leis porque elas conflitam com sua visão sobre federalismo.³⁷ Pois bem, todo mundo admite que o país é governado sob uma base bastante diferente, no que tange a relação entre governos estaduais e governo central, daquela que existia no final do século XVIII, quando a maior parte do texto constitucional foi ratificado, ou na metade do século XIX, a última vez em que o texto sobre estrutura federativa foi significativamente modificado. No entanto, as opiniões diferem sobre qual deveria ser a nova base das relações estado/federação. O texto da Constituição não resolve a controvérsia. Então, ela é resolvida por votação entre os ministros da Suprema Corte: alguns votando por uma concepção de federalismo (que eles então atribuem à Constituição), e outros por outra, prevalecendo o lado que tiver mais votos. Não é claro que essa seja uma base apropriada para estabelecer os termos estruturais de associação em comunidades políticas livres e democráticas.³⁸

...

³⁵ A mais famosa defesa judicial da revisão judicial, *Marbury v. Madison*, não se refere a direitos individuais. Ela tratou do poder do Congresso para nomear e remover juízes de paz.

³⁶ Cf. DWORKIN, nota 3 *supra*, p. 11-18; MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2. ed. rev. Portland: Hart Publishing, 2005. p. 156-157.

³⁷ Cf., por exemplo, nota 12 *supra*.

³⁸ A necessidade de revisão judicial para patrulhar os limites estruturais da alocação de autoridade entre legislaturas estaduais e federal é frequentemente citada (oportunisticamente) por defensores de limitações

Uma terceira distinção se dá entre uma revisão *a posteriori* do tipo americano, que ocorre no contexto de casos concretos, às vezes muito depois de uma lei ter sido promulgada, e a revisão de legislação *ex ante* por uma corte constitucional especificamente instituída para conduzir uma análise em abstrato de um projeto nos estágios finais para sua promulgação.³⁹ Existem dúvidas sobre como entender a revisão *ex ante*. Algo que equivale na prática a um estágio final em um processo Legislativo multicameral, com a corte operando como um senado tradicional, não é realmente revisão judicial (embora as objeções a essa forma de dar poder a um órgão não eleito possam ser similares às que se fazem à revisão judicial).⁴⁰ Eu não elaborarei muito mais sobre isso. Para algumas defesas da revisão judicial, o caráter *a posteriori* de seu exercício – sua raiz em casos concretos⁴¹ – é importante e eu me concentrarei nisso.

Uma quarta distinção está ligada à terceira. A revisão judicial pode ser realizada por cortes comuns (como no caso de Massachusetts, com o qual começamos) ou pode ser realizada por uma corte constitucional especializada. Isso pode ser relevante para um argumento que farei adiante: exagera-se a habilidade de juízes nas cortes comuns de argumentar com base em direitos, uma vez que muito da prática judicial comum desvia sua atenção da consideração direta de argumentos morais. Talvez uma corte constitucional especialista possa se sair melhor, embora a experiência sugira que ela também pode se tornar preocupada demais com o desenvolvimento de suas próprias doutrinas e precedentes, de uma forma que impõe um filtro que acaba por distorcer a argumentação com base em direitos em que ela se engaja.

...

baseadas em direitos às legislaturas. As pessoas dizem “legislaturas são sujeitas à revisão judicial de qualquer forma, por razões relacionadas ao federalismo. Por que não explorar essa prática para desenvolver uma revisão judicial baseada em direitos também?”. Minha análise da desejabilidade de revisão judicial baseada em direitos será pertinente a esse tipo de argumento híbrido ou oportunista.

³⁹ Alguns sistemas do primeiro tipo fazem uso de opiniões consultivas *ex ante* em circunstâncias limitadas. Por exemplo, em Massachusetts, “[c]ada casa legislativa, assim como o governador e seu conselho, terá autoridade para requisitar as opiniões dos ministros da suprema corte judicial sobre questões de direito importantes e ocasiões solenes”. MASS. CONST. pt. II, ch. III, art. II (amended 1964). Esse procedimento foi utilizado nos meses que sucederam a decisão *Goodridge*, discutida no início deste ensaio. Em *Opinions of the Justices to the Senate*, 802 N.E.2.a. 565, Mass. 2004, a Suprema Corte Judicial de Massachusetts decidiu que uma disposição legislativa sobre uniões civis de casais do mesmo sexo que também proibia discriminação contra cônjuges em união civil não seria suficiente para evitar a objeção constitucional à proibição de casamentos do mesmo sexo reconhecida em *Goodridge*.

⁴⁰ Cf. WALDRON, Jeremy. Eisgruber’s House of Lords. *University of San Francisco Law Review*, v. 37, n. 1, p. 89-114, 2002.

⁴¹ Cf. seção IV. A. *infra*.

II. QUATRO PRESSUPOSTOS

Para focar meu argumento e distinguir os casos centrais em que a objeção à revisão judicial está em sua forma mais clara dos casos não centrais, nos quais a revisão judicial pode ser considerada apropriada como uma forma anômala de lidar com patologias especiais, estabelecerei alguns pressupostos.⁴²

Alguns desses pressupostos podem parecer argumentos circulares [*question-begging*, no original] a alguns leitores, mas não estou lançando mão de nenhum tipo de subterfúgio aqui. Os motivos para iniciar com esses pressupostos tornar-se-ão evidentes conforme avançarmos e reconheço desde logo a possibilidade de casos não centrais, entendidos como casos em que um ou mais pressupostos não se sustentam, o que será considerado na seção VII. De fato, minha tese será a de que o argumento contrário à revisão judicial é condicional: se qualquer uma das condições estiver ausente, o argumento pode não se sustentar.⁴³ Permitam-me acrescentar que parte do que quero combater neste ensaio é um certo tipo de mentalidade que foca apenas no resultado [*bottom-line mentality*, no original] no que diz respeito ao debate sobre revisão judicial.⁴⁴ Tenho plena consciência de que alguns leitores só passarão os olhos pelos meus pressupostos para encontrar algum que não se aplique, por exemplo, à sociedade americana ou britânica como eles as entendem, levando-os a ignorar completamente o cerne do argumento como um todo. O que importa para eles é que a revisão judicial seja defendida e que contestações a ela sejam descartadas; eles não se importam particularmente pela forma como isso será feito. Trata-se de uma abordagem infeliz. É melhor tentar entender a base da objeção central e verificar se ela é válida em seus próprios termos antes de começar a examinar casos nos quais, por alguma razão, sua aplicação pode ser problemática.

Permitam-me apresentar um resumo dos quatros pressupostos que proponho. Devemos imaginar uma sociedade com (1) instituições democráticas que funcionem razoavelmente bem, incluindo um Legislativo representativo eleito com base no sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, também funcionando razoavelmente bem, estabelecido em uma base não representativa para julgar ações judiciais individuais, resolver controvérsias e manter o Estado de Direito; (3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e das minorias; e (4) divergências persistentes, substanciais e de boa-fé sobre direitos (isto é, sobre o que

•••

⁴² Esses pressupostos são adaptações daqueles apresentados em: WALDRON, Jeremy. Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators. *The Supreme Court Law Review*, v. 23, (2d) 7, p. 9-21, 2004.

⁴³ Cf. o texto que acompanha a nota 136.

⁴⁴ Para uma crítica geral à mentalidade que foca apenas na conclusão [*bottom-line mentality*] na filosofia política, cf.: WALDRON, Jeremy. What Plato Would Allow. In: SHAPIRO, Ian; DECEW, Judith Wagner (orgs.). *Nomos XXXVII: Theory and Practice*. Nova York: New York University Press, 1995. p. 138.

o compromisso com direitos efetivamente significa e quais são suas implicações) entre membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.

Argumentarei que, em relação a esses pressupostos, a sociedade em questão deve utilizar suas instituições legislativas para resolver as discordâncias que seus membros têm sobre direitos. Se esses pressupostos estão presentes, a posição favorável a submeter essas divergências aos tribunais para resolução definitiva é frágil e pouco convincente, não havendo necessidade para decisões sobre direitos serem revistas por cortes. Argumentarei também que a permissão para que decisões de cortes se sobreponham a decisões legislativas sobre esses assuntos não satisfaz critérios importantes de legitimidade política. Permitam-me primeiramente desenvolver os quatro pressupostos.

A. INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Eu pressuponho que a sociedade que estamos considerando é uma sociedade democrática e que, como a maioria delas no mundo ocidental moderno, passou por várias formas de monarquia, tirania, ditadura ou dominação colonial até uma situação em que suas leis e suas políticas públicas são determinadas pelo povo e seus representantes escolhidos por meio de eleições. Essa sociedade tem um sistema político amplamente democrático, com sufrágio universal adulto e um Legislativo representativo, para o qual eleições são realizadas de forma justa e com regularidade.⁴⁵ Presumo também que esse Legislativo é um grande órgão deliberativo, acostumado a lidar com questões difíceis, incluindo questões importantes sobre justiça e política social. Os legisladores deliberam e votam em questões públicas e os processos para a elaboração de leis são complexos e confiáveis⁴⁶ e que incorporam várias salvaguardas, como o bicameralismo,⁴⁷ o escrutínio robusto por comitês e múltiplas instâncias de análise, debate e votação. Pressuponho ainda que esses processos se articulam tanto formalmente (por meio de audiências públicas e processos de consulta) quanto informalmente, com debates mais amplos na sociedade. Os membros da legislatura pensam neles mesmos como representantes, em diversos sentidos, às vezes tornando centrais para sua participação os interesses e as opiniões de sua base eleitoral, às vezes pensando mais em termos de representação

•••

⁴⁵ Assim, a aplicação do meu argumento a sociedades não democráticas ou sociedades cujas instituições diferem radicalmente desses modelos não é um assunto discutido neste ensaio.

⁴⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. *Legislating with Integrity*. *Fordham Law Review*, v. 72, n. 2, p. 373-394, 2003.

⁴⁷ A pressuposição do bicameralismo pode parecer problemática. Existem no mundo diversas legislaturas unicamerais em bom funcionamento, mais notavelmente nos países escandinavos: Dinamarca, Noruega e Suécia. Porém, arranjos unicamerais podem facilmente exacerbar outras patologias legislativas. Para um argumento de que isso aconteceu na Nova Zelândia em uma extensão que pode tirar esse país do benefício do argumento desenvolvido neste ensaio, cf.: WALDRON, Jeremy. *Compared to What? – Judicial Activism and the New Zealand Parliament*. *New Zealand Law Journal*, 2005. p. 441.

virtual dos interesses e opiniões que permeiam a sociedade como um todo. Pressuponho também que existem partidos políticos e que as afiliações partidárias dos legisladores são fundamentais para que eles tomem uma posição de amplitude maior do que os interesses e as opiniões de sua base eleitoral imediata.

Nada disso deveria ser controverso; parto da forma como instituições legislativas democráticas normalmente operam. Em geral, estou pressupondo que as instituições democráticas estejam funcionando razoavelmente bem. Elas podem não ser perfeitas e provavelmente há debates permanentes sobre como podem ser melhoradas. Eu depreendo, ademais, que esses debates são informados por uma cultura de democracia, valorizando a deliberação responsável e a igualdade política. O segundo desses valores – igualdade política – merece ênfase particular. Eu pressuponho que as instituições, os procedimentos e as práticas legislativas sejam mantidos sob exame constante nessa perspectiva, de forma que, caso se percebam desigualdades de representação que os afastem seriamente do ideal de igualdade política, todos os membros da sociedade compreendam que essa é uma crítica pertinente a se fazer e que, se necessário, o Legislativo e o sistema eleitoral devem ser alterados para remediar o problema. E eu prevejo que o Legislativo é capaz de organizar essa mudança, seja por iniciativa própria ou por referendo.⁴⁸

Insisto nesses pontos sobre cultura democrática e instituições eleitorais e legislativas em razoavelmente boas condições de funcionamento porque eles serão de extrema importância para o argumento que segue. A estrutura inicial do argumento será a de propor a seguinte questão: uma vez que tenhamos assumido esse primeiro pressuposto, que razão pode existir para se querer estabelecer um processo não eletivo para revisar e às vezes anular o trabalho que o Legislativo realizou? Por outro lado, eu não quero escamotear qualquer questão com esse pressuposto inicial. Eu o balancearei imediatamente com o pressuposto de que a sociedade que estamos postulando também tem cortes que funcionam bem – esse será o segundo pressuposto – fazendo razoavelmente bem aquilo que as cortes são boas em fazer. A sociedade que estamos contemplando tem o que é preciso para ter um sistema de revisão judicial, se for possível demonstrar que a revisão judicial é apropriada.

Uma ressalva: quando digo que as instituições estão funcionando bem, eu não estou pressupondo que a legislação que o Legislativo razoavelmente democrático promulga é em geral

• • •

⁴⁸ Às vezes dizem que instituições eletivas são incapazes de se reformar porque os legisladores têm um arraigado interesse no *status quo*. Isso pode ser verdade quanto a alguns dos arranjos eleitorais e legislativos patológicos nos Estados Unidos. (Porém, as questões em que isso mais se aplica nos Estados Unidos são aquelas nas quais as cortes quase não ousaram intervir – considerando-se a lamentável condição dos arranjos de redefinição dos distritos eleitorais americanos, por exemplo.) É patentemente falso em outros locais. Na Nova Zelândia, por exemplo, em 1993, a legislatura promulgou leis mudando o sistema de representação parlamentar de um sistema majoritário para um sistema de representação proporcional, de uma forma que

boa ou justa, no que diz respeito ao seu conteúdo. Pressuponho que parte de sua legislação é justa e parte é injusta (indivíduos discordarão sobre qual é qual), e que isso é verdade tanto no que tange às medidas que podem estar plausivelmente sujeitas à revisão judicial quanto àquelas que ninguém propõe sujeitar à revisão judicial. Tudo o que eu disse sobre mecanismos legislativos e eleitorais funcionarem bem diz respeito a valores procedimentais, e não a valores de resultado. Na seção V, entretanto, tratarei mais sobre o tipo de raciocínio que nós esperaríamos encontrar em um processo como esse.

B. INSTITUIÇÕES JUDICIAIS

Deduzo que a sociedade que estamos considerando tem cortes – isto é, um Judiciário consolidado e politicamente independente, também funcionando bem, estabelecido para julgar ações judiciais, resolver controvérsias e preservar o Estado de Direito. Eu pressuponho que essas instituições já estão autorizadas a se engajarem em revisão judicial de ações do Executivo, avaliando-as em relação ao direito constitucional e legislação ordinária.

Eu pressuponho que, ao contrário das instituições referidas na seção anterior, as cortes em geral não são instituições eleitas ou representativas. Com isso, quero dizer não só que a autoridade judicial não é (em sua maioria) uma autoridade eleita, mas, também, que o Judiciário não é permeado por um *ethos* de eleições, representação e responsabilização eleitoral da forma como ocorre com o Legislativo. Muitos defensores da revisão judicial consideram isso uma enorme vantagem, porque significa que cortes podem deliberar sobre questões de princípios sem se distrair com pressões populares e se mantêm invulneráveis à indignação pública. Às vezes, no entanto, quando se entende necessário refutar a crítica democrática contra revisão judicial, defensores da prática apontarão orgulhosamente para estados em que juízes são eleitos. Isso ocorre em alguns estados dos Estados Unidos. Porém, mesmo onde juízes são eleitos, os trabalhos das cortes normalmente não são realizados, como os trabalhos do Legislativo o são, de acordo com um *ethos* de representação e responsabilização eleitoral.

Presumirei que, na sociedade que estamos considerando, as cortes são capazes de realizar as funções que seriam atribuídas a elas pela prática de revisão judicial. Elas poderiam revisar legislação; a questão é se elas deveriam e, em caso afirmativo, se suas determinações deveriam ser definitivas e vinculantes aos setores representativos do governo. Imagino, no entanto, que se a elas for atribuída essa função, elas a realizarão como cortes tipicamente realizam suas funções. Existe uma extensa literatura sobre revisão de legislação que trata do caráter específico do processo judicial e das tarefas para as quais as cortes parecem e não

...

desestabilizou os padrões de incumbência existentes. Cf. Electoral Act 1993, 1993 S.N.Z. N. 87; Electoral Referendum Act 1993, 1993 S.N.Z. N. 86.

parecem ser institucionalmente competentes.⁴⁹ Não quero me aprofundar nisso neste ensaio. Como indiquei anteriormente, irei pressupor que estamos lidando com cortes que (1) não agem de ofício nem têm função consultiva, mas que respondem a alegações específicas trazidas por litigantes específicos; (2) lidam com questões em contexto apresentado de forma binária, isto é, cujo resultado é constitucional ou inconstitucional, e adversarial; e (3) fazem referência a e levam em consideração suas próprias decisões passadas em assuntos que pareçam relevantes ao caso em mãos. Pressuponho, ainda, uma hierarquia judiciária tradicional, com disposições sobre instâncias recursais e com órgãos colegiados maiores (talvez cinco ou nove juízes) analisando os casos no nível recursal mais alto, com cortes inferiores sendo, em grande medida, obrigadas a seguir no julgamento de controvérsias apresentadas perante elas o que foi estabelecido pelas cortes superiores.

Em algumas sociedades, os juízes recebem treinamento especial e em separado; em outras sociedades, eles são escolhidos entre advogados e juristas proeminentes. Em qualquer caso, deduzo que eles têm alto *status* no sistema político e uma posição que os isola de pressões políticas específicas. Além disso, pressuponho que eles têm o perfil típico dos membros de classes privilegiadas e de boa educação de sua sociedade. Isso é importante por duas razões. Primeiro, já que a sociedade se orgulha de ser, em larga medida, democrática, eu pressuponho que os juízes compartilham parte desse orgulho e assim estão provavelmente atentos à legitimidade de sua própria atividade se eles se envolvem com a revisão judicial de legislação. Isso pode afetar como eles exercem essa autoridade.⁵⁰ Segundo, embora juízes provavelmente sejam ao menos tão comprometidos com direitos quanto qualquer outra pessoa na sociedade, pressuponho que, como outros membros da sociedade, juízes discordam entre si sobre o significado e as implicações de direitos individuais e de minorias. Isto é, pressuponho que eles estão sujeitos ao meu quarto pressuposto sobre divergências sobre direitos, e que isso também afeta como eles exercem os poderes de revisão judicial (se eles têm esses poderes). Especificamente, assim como legisladores, modelos de tomada de decisão devem ser desenvolvidos para tribunais colegiados cujos membros discordam sobre direitos. O procedimento decisório mais frequentemente utilizado é a simples votação majoritária. Na seção V, trato da questão de se esse é um procedimento apropriado a ser utilizado pelos juízes.

• • •

⁴⁹ Cf., por exemplo: HART JR., Henry M.; SACKS, Albert M. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Edição de William N. Eskridge Jr. e Philip P. Frickey. Westbury, Nova York: Foundation Press, 1994. p. 640-647; FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978.

⁵⁰ Cf. CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago: University of Chicago Press, 1980 (discute a legitimidade da Suprema Corte nesse contexto); cf. também *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 864-69, 1992 (mesmo assunto).

C. COMPROMISSO COM DIREITOS

Presumo que existe um forte compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade que estamos contemplando com a ideia de direitos individuais e de minorias. Embora eles acreditem na busca do bem comum sob alguma concepção ampla de utilitarismo, e embora acreditem na regra da maioria como um princípio geral para a política, ainda que imperfeito, eles aceitam que os indivíduos têm certos interesses e que têm direito a certas liberdades que não deveriam ser negadas simplesmente porque seria mais conveniente para a maioria das pessoas negá-las. Eles acreditam que as minorias têm direito a um grau de apoio, reconhecimento e proteção que necessariamente não é garantido pelos seus números ou por seu peso político.

Não é preciso que nos detenhamos aqui nos detalhes da teoria de direitos predominante. Eu pressuponho que esse amplo compromisso social com os direitos envolve um conhecimento do consenso mundial sobre direitos humanos e sobre a história do pensamento sobre direitos.⁵¹ Pressuponho que esse compromisso é um consenso vivo, desenvolvendo-se e evoluindo conforme defensores de direitos conversam uns com os outros sobre quais direitos eles têm e o que esses direitos implicam. Pressuponho que o compromisso com os direitos não é só da boca para fora e que os membros da sociedade levam direitos a sério: eles se preocupam com os direitos, mantêm suas próprias opiniões sobre direitos e a de outras pessoas sob constante consideração e debate acalorado, e estão atentos a questões de direitos em relação a todas as decisões sociais que são consideradas ou discutidas em seu meio.

Sem dúvida existem céticos sobre direitos em toda sociedade, mas entendo que esse posicionamento é raro. Alguns rejeitam direitos assim como rejeitam toda moralidade política; outros rejeitam direitos porque eles adotam doutrinas utilitaristas, socialistas ou outras que os repudiam por (o que eles consideram ser) boas razões de moralidade política – por exemplo, direitos são individualistas demais ou sua força como trunfo compromete a busca racional pela eficiência ou pelo que quer que seja. Contudo, pressuponho que o respeito geral por direitos individuais e de minorias é uma parte relevante de um amplo consenso da sociedade, parte constitutiva da opinião política mais prevalente e certamente parte da ideologia oficial.

Para tornar esse terceiro pressuposto mais concreto, podemos pressupor também que a sociedade valoriza direitos a um ponto que levou à adoção de uma carta ou declaração de direitos escrita e oficial do tipo mais comum. Farei referência a ela ao longo do texto como a

...

⁵¹ Isso se dá mesmo se essa consciência não envolver muito além de um vago entendimento de que as convenções de direitos humanos têm ascendido no mundo desde 1945 e que sua história tem origem nos tipos de concepções de direito natural aludidos em documentos como a Declaração de Independência de 1776 e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

“Carta de Direitos” da sociedade considerada. Isso deve corresponder, por exemplo, às disposições de direitos da Constituição dos Estados Unidos e suas emendas, à Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades, à Convenção Europeia de Direitos Humanos (como incorporada ao direito britânico, pelo *Human Rights Act*) ou ao *Bill of Rights Act* da Nova Zelândia. Aqueles que estão familiarizados com o último desses exemplos reconhecerão que não estou pressupondo que a Carta de Direitos esteja inscrita ou seja parte de uma constituição escrita. Quero deixar isso em aberto. Tudo o que pressuponho, por enquanto, é que tenha sido promulgada uma Carta de Direitos que materializa o compromisso com direitos da sociedade. Assim, ela pode ter sido promulgada no passado por iniciativa da própria sociedade, ou ela pode ter sido produto de imitação ou pode ser o cumprimento de obrigações externas do país sob a legislação de direitos humanos.

Os leitores podem estar intrigados com esses pressupostos. Por um lado, pareço estar argumentando contra meu interesse, favorecendo a revisão judicial ao pressupor uma Carta de Direitos. Por outro lado, pode parecer que eu esteja preparando alguma artimanha. Os leitores podem estar cientes de que argumentei no passado que a revisão judicial não deveria ser entendida como um confronto entre defensores de direitos e oponentes de direitos, mas como um confronto entre visões sobre direitos.⁵² O que pretendo enfatizar em resposta a ambas as observações é que existe uma distinção, tanto no nível cultural quanto no nível institucional, entre um compromisso com direitos (mesmo um compromisso escrito com direitos) e qualquer forma institucional particular (por exemplo, revisão judicial de legislação) que esse compromisso possa tomar. Estou cansado de ouvir oponentes da revisão judicial serem difamados como céticos em relação a direitos. A melhor resposta é construir a posição contrária à revisão judicial com base em um compromisso forte e generalizado com os direitos.

Esse terceiro pressuposto define como casos não centrais as sociedades nas quais o compromisso com direitos é tênue e frágil. Pode parecer estranho ou injusto proceder dessa forma, já que defensores da revisão judicial às vezes argumentam que nós precisamos dessa prática para ajudar a escorar nosso compromisso com os direitos, ensinar participantes em uma nova democracia a valorizar direitos ou fornecer a minorias garantias que podem não estar disponíveis em um sistema puramente majoritário. Esses argumentos são interessantes, mas não tocam o cerne da posição que é apresentada em favor da revisão judicial em países como Estados Unidos, Reino Unido ou Canadá. Nesses países, afirma-se que a revisão judicial é uma forma apropriada de institucionalizar ou administrar o compromisso já existente da sociedade

• • •

52 Cf. WALDRON, A Right-Based Critique, nota 14 *supra*, p. 28-31, 34-36.

53 Minha abordagem aqui é similar àquela do John Rawls. Uso essa ferramenta do caso central para definir algo como uma sociedade bem-ordenada com uma teoria da justiça publicamente aceita. Cf., por exemplo:

com direitos. Essas formulações devem ser tomadas ao pé da letra, e é isso o que estou fazendo com meu terceiro pressuposto.⁵³

D. DIVERGÊNCIAS SOBRE DIREITOS

Meu último e crucial pressuposto é de que o consenso sobre direitos não é isento da incidência de divergências generalizadas sobre todas as grandes questões políticas, o que encontramos em sociedades liberais modernas. Pressuponho, assim, que exista dissenso substancial sobre quais direitos existem e o que eles significam. Algumas dessas divergências são evidentes em nível filosófico (por exemplo, se direitos socioeconômicos deveriam ser incluídos na Carta de Direitos), algumas se tornam visíveis quando nós tentamos relacionar princípios de direito abstratos a propostas legislativas específicas (por exemplo, se a livre prática religiosa demanda imunidade a leis que de outro modo seriam de aplicação geral) e algumas se tornam visíveis apenas no contexto de casos individuais difíceis (por exemplo, quanta tolerância a discursos dissidentes se deve ter em um período de emergência nacional).

Eu pressuponho que as divergências sobre direitos não são, de maneira geral, questões de interpretação em um senso legalístico estrito. Elas podem se apresentar, à primeira vista, como questões de interpretação, mas suscitam questões de considerável importância prática para a comunidade política. Em outra oportunidade, fiz referência a elas como questões de direitos “divisoras de água”.⁵⁴ Elas são grandes questões de filosofia política com ramificações significativas para a vida de muitas pessoas. Além disso, pressuponho que elas não são idiossincráticas às sociedades em que surgem. Elas definem escolhas fundamentais que qualquer sociedade moderna precisa enfrentar, escolhas que são razoavelmente bem compreendidas no contexto dos debates morais e políticos existentes, escolhas que são pontos focais de divergência moral e política em muitas sociedades. Os exemplos vêm rápido à mente: aborto, ações afirmativas, a legitimidade da redistribuição feita pelo governo ou da sua interferência nos mercados, os direitos dos investigados por crimes, o significado exato de tolerância religiosa, os direitos culturais de minorias, a regulação de discursos e de gastos em campanhas eleitorais, e assim por diante.

Como esses exemplos sugerem, as divergências sobre direitos são frequentemente divergências sobre aplicações centrais, não apenas aplicações marginais. Uma vez que estou pressupondo

...

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 35-36 [doravante RAWLS, *Political Liberalism*]. Rawls parece pressupor que revisão judicial de legislação é apropriada mesmo em uma sociedade bem-ordenada. *Idem*, p. 165-166, 233-240; cf. também: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971. p. 195-199, 228-231 [doravante RAWLS, *A Theory of Justice*]. Um dos meus objetivos é mostrar que ele está errado quanto a isso.

⁵⁴ Cf. WALDRON, *Judicial Power and Popular Sovereignty*, nota 14 *supra*, p. 198.

um compromisso geral com direitos, é tentador inferir que esse compromisso geral cobre o núcleo de cada direito e que o direito só se torna controverso nos aspectos marginais de sua aplicação. Isso é um erro. Um compromisso com direitos pode ser total e sincero mesmo quando casos divisores de água permanecem controversos. Por exemplo, duas pessoas que discordam sobre se restrições a discurso de ódio racista são aceitáveis podem ambas aceitar que o direito à liberdade de expressão é essencial para pensar sobre a questão; ambas podem aceitar, também, que o caso sobre o qual elas discordam é uma questão central e não marginal relacionada a esse direito. O que isso mostra, talvez, é que elas têm concepções diferentes sobre o direito,⁵⁵ mas não há motivo para se duvidar da sinceridade de sua aderência a ele.

Em geral, o fato de que pessoas discordam sobre direitos não significa que deva haver um dos lados na divergência que não leve direitos à sério. Sem dúvida algumas posições são mantidas e defendidas dissimulada ou ignorantemente por canalhas (que não se importam nada com direitos) ou analfabetos morais (que entendem mal a força e a importância deles). No entanto, pressuponho que, na maioria dos casos, a divergência se dá de forma razoável e em boa-fé. As questões envolvidas são questões sérias, nas quais não seria razoável esperar que haveria consenso. Em outras palavras, eu pressuponho algo como os “limites do juízo” [*“burden of judgment”*]* de John Rawls, mas aplicado (onde Rawls hesitou aplicar a doutrina) tanto a questões de direito como a questões sobre o bem.⁵⁶ Não é razoável esperar que as visões das pessoas sobre questões de direitos densas e complexas sejam sempre consensuais. E como Rawls enfatiza, “não é realista [...] supor que todas as nossas diferenças [nessas matérias] estejam enraizadas apenas na ignorância e na perversidade, ou então, em rivalidades por poder, *status* ou ganho econômico”.⁵⁷

O pressuposto de divergência não se relaciona ao relativismo moral. Pode-se reconhecer a existência de divergência sobre matérias de direito e de justiça – pode-se até reconhecer que divergências como essas são, para propósitos políticos práticos, irresolúveis – sem adotar

...

⁵⁵ Para uma discussão sobre a distinção entre o conceito de um direito e várias concepções dele, cf.: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1977. p. 134-136.

* N.T.: Adotamos a tradução de “*burden of judgment*” proposta por Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita em: RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

⁵⁶ Cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*, nota 53 *supra*, p. 54-58 (discutindo “os limites do juízo”). Rawls argumenta que “muitos dos nossos mais importantes julgamentos são feitos sob condições nas quais não se espera que pessoas conscientes com pleno poder de raciocínio, mesmo após discussão livre, chegarão à mesma conclusão”. *Idem*, p. 58. Para um argumento que aplique isso ao certo assim como ao bom, cf.: WALDRON, nota 14 *supra*, p. 149-163.

⁵⁷ RAWLS, John. *Political Liberalism*, nota 53 *supra*, p. 58. [cf. *O liberalismo político*, p. 102.]

a alegação metaética de que não há resposta certa para a questão sobre a qual os participantes divergem. O reconhecimento da divergência é perfeitamente compatível com a existência de uma resposta certa sobre os direitos e os princípios do constitucionalismo – pressupondo que nossa condição não é tal que a resposta certa se manifesta de um modo que não possa ser razoavelmente contestado.⁵⁸

Se há uma Carta de Direitos, eu pressuponho que ela aborde, mas não resolva, as questões que são objeto das divergências. Eu mencionei alguns exemplos anteriormente. Nos Estados Unidos, é incontestável tanto que as disposições da Carta de Direitos são relevantes para o modo como cada uma dessas questões deva ser resolvida quanto o fato de que as disposições da Carta de Direitos não determinam elas mesmas a resolução da questão de uma forma que esteja além de divergência razoável. Assim, pressuponho que a extensão dessas discordâncias não impede nossa criatividade em conceber formulações abstratas. Divergências não impedem a promulgação de uma Carta de Direitos.⁵⁹ Todavia, as divergências permanecem não resolvidas, deixando-nos em uma situação na qual – quando uma questão sobre uma possível violação de direitos surge – conquanto seja incontestável que um dispositivo da Carta de Direitos incide sobre a matéria, permanece objeto de discordância entre pessoas razoáveis o sentido dessa incidência e se ela proíbe (ou deveria limitar a aplicação) da disposição legislativa em questão.⁶⁰

Isso não significa negar que possam ser feitos argumentos que pareçam conclusivos – ao menos àqueles que os fazem – sobre a incidência da Carta de Direitos no problema em questão. Se a revisão judicial está estabelecida na sociedade, juristas argumentarão sobre essas questões usando tanto o texto quanto a força gravitacional da Carta de Direitos. De fato, juristas terão um prato cheio. Cada lado em cada uma das divergências alegará que a sua posição está inscrita nos compromissos vagos da Carta dos Direitos se eles forem lidos de maneira ampla (ou restrita) o suficiente. Nenhum dos lados estará preparado para reconhecer publicamente o que eu estou pressupondo que agora será óbvio: que a retórica vaga da Carta de Direitos foi projetada simplesmente para contornar as divergências reais e razoáveis que são inevitáveis entre pessoas que levam o direito à sério por um tempo longo

...

58 Cf. WALDRON, The Irrelevance of Moral Objectivity, nota 19 *supra*, p. 182.

59 Cf. CHRISTIANO, Thomas. Waldron on Law and Disagreement. *Law and Philosophy*, v. 19, n. 4, p. 513-543, 2000. p. 513, 537.

60 Mais uma vez, eu não estou dizendo que as disposições da Carta de Direitos cobrem os casos centrais, com discordância confinada às margens de sua aplicação. As disposições são frequentemente vagas e abstratas, deixando aberta a possibilidade de que, mesmo quando há casos incontroversos, as pessoas ainda podem utilizar a mesma fórmula abstrata para cobrir abordagens substantivas diferentes sobre o direito – e nós ainda deveríamos dizer que ambas levam o direito à sério.

o suficiente para tal Carta de Direitos ser promulgada. Em vez de nos encorajar a confrontar essas divergências diretamente, a revisão judicial provavelmente nos levará a concebê-las como questões de interpretação daquelas formulações vagas. Se esse é um contexto desejável ou não para se deliberar sobre as questões morais que se apresentam é uma das coisas que consideraremos na seção V.

III. A FORMA DO ARGUMENTO

Então esses são nossos pressupostos. O que fazemos com a situação que eles definem? Os membros da comunidade são comprometidos com os direitos, mas eles discordam sobre eles. A maioria das questões de direitos necessita resolução. Nós necessitamos de resolução não tanto para encerrar a controvérsia – nada pode fazer isso⁶¹ – mas para providenciar uma base para ação comum quando isso for necessário. Pois bem, existem diversos tipos de questões sobre as quais nós não precisamos de uma solução que valha para toda a sociedade – a transubstanciação, o significado de *Hamlet*, o valor de uma vida puramente contemplativa –, e isto é bom, porque existe pouca perspectiva de concordância nessas áreas. Infelizmente, para questões de direitos sobre as quais temos necessidade de resolução também existe pouca perspectiva de acordo. A necessidade de resolução não faz o fato da divergência desaparecer; na verdade, significa que uma base comum para ação tem de ser forjada no calor dessas nossas divergências.

No mundo real, a necessidade de uma resolução nos confronta na arena legislativa. Nós legislamos sobre certas áreas e a legislação que nós promulgamos suscita questões sobre direitos. Essas questões podem não ser, à primeira vista, proeminentes na legislação. A legislação pode ser sobre formalidades matrimoniais, jornada mínima de trabalho, reforma de financiamento de campanhas eleitorais, ou a preservação histórica dos centros das cidades. O que acontece, entretanto, é que alguém percebe que a aplicação dessa legislação levanta uma questão sobre direitos e é em conexão com essa questão – deve a legislação ser aplicada de acordo com seus termos ou não? – que a necessidade de resolução surge.

Um argumento, que eu respeito, para algum tipo de poder de revisão judicial articula-se da seguinte maneira: pode nem sempre ser fácil para legisladores verem que questões de direitos estão envolvidas em uma proposta legislativa que estejam discutindo; pode nem sempre ser fácil para eles prever que questões de direito podem surgir de sua subsequente aplicação.

• • •

⁶¹ Cf. STEWART, Jon *et al.* *America (The Book): A Citizen's Guide to Democracy Inaction*. Nova York/Boston: Warner Books, 2004. p. 90 (discute *Roe v. Wade* e narra que “a Corte decide que o direito à privacidade protege a decisão da mulher de ter um aborto e que o feto não é uma pessoa com direitos constitucionais, assim encerrando todo o debate sobre essa questão que um dia foi controversa”).

Então, é útil ter um mecanismo que permita que cidadãos levem essas questões à atenção de todos, à medida que elas surjam. No entanto, esse é um argumento apenas para revisão judicial fraca, não para uma forma forte da prática na qual a questão abstrata de direito que foi identificada é resolvida segundo aquilo que uma corte considera apropriado. É um argumento para algo como o sistema no Reino Unido, no qual uma corte pode emitir uma declaração de que existe uma questão importante de direitos em jogo.⁶² Alternativamente, é um argumento para o arranjo que encontramos em sistemas com revisão ainda mais fraca, em que o advogado geral (*attorney general*) tem o dever não partidário de examinar propostas legislativas e identificar publicamente quaisquer questões de direitos que elas suscitem.⁶³ Um arranjo como esse é um tipo de institucionalização da atenção a questões de direitos que foi incorporado no pressuposto três.

Vamos assumir, por enquanto, que a legislatura esteja plenamente consciente das questões de direitos que uma dada proposta suscita e que, tendo deliberado sobre o assunto, decide — por meio de debate e votação — resolver essa questão de uma determinada maneira. O Legislativo toma partido em uma ou mais das divergências que imaginamos no pressuposto quatro. A questão que enfrentamos é se essa resolução do Legislativo deveria ser dispositiva ou se há motivos para ela ser reavaliada e talvez anulada pelo Judiciário.

Como deveríamos responder a essa questão? Já ouvi pessoas dizerem que a regra para esse tipo de decisão deveria ser a seguinte: a decisão do Legislativo permanece, exceto quando ela viola direitos. Porém, isso claramente não é suficiente. Nós estamos pressupondo que os membros da sociedade discordam sobre uma determinada proposta legislativa violar ou não direitos. Precisamos de uma forma de resolver essa divergência. O tema é tão antigo quanto Hobbes: precisamos estabelecer um procedimento decisório cuja operação resolverá, e não reacenderá, as controvérsias cuja existência levou à necessidade de um procedimento decisório.⁶⁴ Isso significa que, mesmo que os membros da sociedade que estamos imaginando discordem sobre direitos, eles precisam compartilhar uma teoria de legitimidade para o procedimento decisório que resolverá suas divergências. Então, ao pensar sobre

62 Cf. o texto *supra* que é acompanhado pelas notas 26-28.

63 Cf. New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. N. 109, § 7 (“Quando qualquer projeto for introduzido na Câmara dos Representantes, o Advogado-Geral deverá [...] o quão antes for possível após a introdução do projeto — atentar a Câmara dos Representantes a qualquer provisão no projeto que parece ser inconsistente com qualquer direito ou liberdade contidos na Carta de Direitos.”). Para um exemplo controverso do exercício desse poder, cf.: HUSCROFT, Grant. Is the Defeat of Health Warnings a Victory for Human Rights? The Attorney-General and Pre-Legislative Scrutiny for Consistency with the New Zealand Bill of Rights. *Public Law Review*, v. 14, n. 4, p. 109, 2003.

64 Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Editado por Richard Tuck, 1996 [1651]. p. 123.

as razões para estabelecer um procedimento como esse, nós devemos pensar sobre razões que podem ser endossadas por pessoas de ambos os lados de qualquer uma dessas divergências.⁶⁵

Estou apresentando a necessidade de procedimentos decisórios legítimos como uma resposta ao problema da discordância moral. Entretanto, ouvi filósofos dizerem que, porque a divergência é generalizada na política, nós não deveríamos deixá-la nos fazer perder o foco. Uma vez que discordamos tanto sobre procedimentos decisórios legítimos quanto sobre a justificação dos resultados, e porque (sob minha perspectiva) é evidente que temos de nos posicionar sobre *algo* – a saber, procedimentos decisórios – apesar dessa discordância, por que nós não podemos simplesmente nos posicionar sobre a questão substancial e colocar um ponto final no problema?⁶⁶ A resposta a isso é a de que nós precisamos enfrentar a questão da legitimidade independentemente da possibilidade de haver ou não divergências sobre isso. Em primeiro lugar, nós realmente precisamos formular um procedimento decisório e nós precisamos considerar as razões relevantes para seu desenho. Além disso, existem razões importantes relacionadas à legitimidade – por exemplo, equidade, voz, participação – que surgem por conta da discordância e que não surgem separadas da nossa discussão sobre procedimentos decisórios. Mesmo se discordarmos também sobre esses procedimentos, nós não temos escolha a não ser considerá-los. O fato de discordarmos sobre eles não é motivo suficiente para deixá-los de lado e simplesmente nos posicionarmos de um lado ou de outro na divergência prévia (ou substancial).

Nenhum procedimento decisório será perfeito. Seja um processo de legislação não sujeito à revisão, seja um processo de revisão judicial, ele às vezes levará à decisão errada, traindo direitos em vez de protegê-los.⁶⁷ Isso é um fato da vida política. Todos devemos admitir que, algumas vezes, haverá dissonância entre o que entendemos ser a escolha certa e o que

...

⁶⁵ Outra forma de dizer isso é que uma teoria política normativa precisa incluir mais que só uma base para justificar certas decisões sob seus méritos. É necessário mais que, por exemplo, uma teoria da justiça ou uma teoria do bem comum. Também é necessário endereçar a questão normativa da legitimidade dos procedimentos decisórios que são utilizados para tomar decisões políticas diante de divergências. Uma teoria política normativa que não faz isso está seriamente incompleta.

⁶⁶ Christiano formula esse ponto em termos de um regresso de procedimentos: “Nós podemos esperar divergências em todos os estágios, se Waldron estiver certo; então se nós precisamos recorrer a um procedimento de ordem maior para resolver cada disputa que surgir, logo seremos incapazes de parar a regressão de procedimentos” (CHRISTIANO, nota 59 *supra*, p. 521). Contudo, Christiano não tenta mostrar que isso é um regresso vicioso. Para discussão do regresso, cf.: WALDRON, nota 14 *supra*, p. 298-301.

⁶⁷ Eu ouvi pessoas dizerem que os erros são quase sempre prováveis de serem piores no lado do Legislativo: a legislatura pode efetivamente violar direitos, enquanto o pior que as cortes podem fazer é falhar em intervir para protegê-los. Isso é um erro. Cortes exercendo o poder da revisão judicial podem às vezes violar direitos ao derrubar uma lei que busca protegê-los. Discutirei isso a fundo no final da seção IV.

entendemos ser a escolha produzida pelo procedimento decisório que consideramos legítimo. Richard Wollheim chamou a isso de “um paradoxo na teoria da democracia”,⁶⁸ porque permite que um mesmo cidadão afirme que a lei *A* não deveria ser promulgada porque *A* é a política contra a qual ele votou, e que a lei *A* deveria ser promulgada porque *A* é a política escolhida pela maioria. Contudo, Wollheim estava errado em atribuir esse paradoxo à democracia. Isso é um paradoxo geral na teoria da política que afeta qualquer teoria política que complementa sua descrição de o que deve ser feito com uma descrição de como decisões devem ser tomadas quando há discordância sobre o que deve ser feito.

Com essa ressalva em mente, quais são as razões que precisam ser levadas em consideração ao formular e avaliar um processo decisório de resolução de divergências sobre direitos? Dois tipos de razões podem ser considerados. Eu irei chamá-las de razões “relacionadas ao resultado” e razões “relacionadas ao processo”, embora ambas sejam relevantes para a questão do processo decisório.

Razões relacionadas ao processo são razões para insistir que alguma pessoa tome uma decisão, ou participe do processo de tomada de decisão, independentemente de considerações sobre o resultado apropriado. Na vida pessoal, nós dizemos às vezes que um pai ou uma mãe tem o direito de tomar a decisão sobre disciplinar ou não seu filho ou sua filha por uma dada desobediência: não cabe nem a alguém passando na rua e nem a um passageiro no ônibus tomar essa decisão. Nós podemos dizer isso mesmo sem revelar nossa opinião sobre se a criança deva ser disciplinada. Aliás, podemos dizer isso até mesmo se pensamos que a pessoa na rua provavelmente tomará uma decisão melhor do que o pai ou a mãe. Na política, as razões relacionadas ao processo mais recorrentes são aquelas baseadas na igualdade política e no direito democrático ao voto, no direito de um indivíduo ser ouvido mesmo quando os outros discordam daquilo que ele diz.

Razões relacionadas ao resultado, em contrapartida, são razões para formular o processo decisório de forma a garantir o resultado apropriado (isto é, uma decisão boa, justa ou correta). Nosso objeto de análise são divergências sobre direitos. Porque direitos são importantes, é igualmente importante que nós acertemos e por isso nós realmente precisamos levar bastante a sério as razões relacionadas ao resultado. Respostas erradas podem ser toleráveis em questões envolvendo políticas, mas, em questões de princípio, se a resposta errada for dada, haverá violação de direitos. Os membros da sociedade que nós estamos imaginando entendem o quão importante é evitar resultados como esse ou minimizá-los na medida do possível.

...

⁶⁸ WOLLHEIM, Richard. A Paradox in the Theory of Democracy. In: LASLETT, Peter; RUNCIMAN, W.G. (orgs.). *Philosophy, Politics and Society*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishers, 1969. p. 71.

Claro, pode não ser fácil identificar razões relacionadas ao resultado sobre as quais pessoas em lados opostos das divergências sobre direitos possam concordar. Como disse anteriormente,⁶⁹ a formulação de um procedimento decisório precisa ser independente da divergência específica que se espera que ele resolva; de nada adianta se ele apenas a reacende. Então, nós precisamos evitar razões relacionadas ao resultado que mirem especificamente em resultados controversos específicos – por exemplo, favorecer um procedimento decisório porque ele é mais propenso a gerar um resultado pró-escolha do que um resultado pró-vida. Um procedimento decisório escolhido nessa base dificilmente obterá o apoio de partidários pró-vida. Dada a divergência, o objetivo aqui é estabelecer um procedimento para resolução de controvérsias que possa ser reconhecido como legítimo por ambos os lados.

É possível, de todo modo, reunir as razões relacionadas ao resultado em uma base mais modesta. Em vez de dizer (de uma maneira circular) que nós deveríamos escolher aqueles procedimentos políticos mais propensos a produzir um conjunto específico e controverso de direitos, podemos dizer que deveríamos escolher procedimentos políticos que são mais propensos a nos conduzir à verdade sobre direitos, qualquer que seja essa verdade. Como aponta Aileen Kavanagh:

Nós não precisamos de uma descrição exata de quais direitos nós temos e como eles devem ser interpretados para fazer algumas alegações instrumentalistas [isto é, relacionadas ao resultado]. Muitos argumentos instrumentalistas não são baseados em conhecimento sobre o conteúdo de qualquer direito em particular. Na verdade, eles são baseados nas considerações institucionais gerais sobre a forma pela qual legisladores tomam decisões em comparação a juízes, nos fatores que influenciam a decisão deles e nas maneiras pelas quais indivíduos podem levar suas reivindicações a um ou ao outro fórum.⁷⁰

Razões desse tipo merecem ser levadas à sério. Joseph Raz foi mais longe e sugeriu que esses tipos de razões relacionadas ao resultado são as únicas razões que merecem ser levadas em consideração.⁷¹ Esse dogmatismo é baseado, presumivelmente, na importância das questões em jogo. Os resultados das decisões sobre direitos são importantes. Porém, existem também diversos tipos de razões importantes, não relacionadas ao resultado, que não deveríamos

...

⁶⁹ Cf. o texto *supra* que é acompanhado pela nota 64.

⁷⁰ KAVANAGH, Aileen. Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron. *Law and Philosophy*, v. 22, n. 5, p. 451-486, 2003. p. 451, 466.

⁷¹ RAZ, Joseph. Disagreement in Politics. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 43, n. 1, p. 25-52, 1998. p. 45-46; cf. também: RAWLS. A Theory of Justice, nota 53 *supra*, p. 230 (“O critério fundamental para julgar qualquer procedimento é a justiça de seus prováveis resultados”).

hesitar em aplicar às escolhas que fazemos sobre o desenho de procedimentos para a resolução de divergências sobre direitos. Eu já dei alguns exemplos, mas aqui está outro: o princípio da autodeterminação. Existe uma razão para que cada sociedade resolva essa divergência por meio do seu próprio sistema político, em vez de por imposição vinda de fora (por exemplo, por um governo vizinho ou por uma antiga potência colonial). Alguns pensam que essa não é uma razão conclusiva. Eles dizem que a autodeterminação nacional e a soberania deveriam, às vezes, dar lugar à autoridade internacional em questões sobre direitos humanos,⁷² mas poucos negam que ele tenha alguma importância. Raz não prestou atenção suficiente ao argumento de que embora as razões relacionadas ao resultado sejam muito importantes para a temática da tomada de decisões sobre direitos, razões de outros tipos podem ser importantes também.

Uma vez que percebemos que existem razões de todos os tipos em jogo, temos de considerar seu caráter normativo, porque isso irá afetar como elas se relacionam umas com as outras. A expressão “relacionado ao resultado” soa consequencialista, mas, porque as consequências que estamos tentando evitar são violações de direitos, evitar tais violações tem um pouco da urgência deontológica associada a direitos. Elas podem não ser tão convincentes quanto o princípio que proíbe violações diretas: os *designers* de um procedimento decisório são indiretamente, não diretamente, responsáveis pelas violações que podem estar envolvidas no exercício daquele procedimento. Contudo, a responsabilidade deles é ainda uma responsabilidade baseada em direitos – existe um dever de cautela a este respeito.⁷³

E quanto ao caráter normativo de razões relacionadas ao processo? As razões relacionadas ao processo são também frequentemente matérias de urgência deontológica. Ronald Dworkin, penso, apresenta incorretamente o caráter de razões participativas quando ele se refere a elas como “as consequências participativas de um processo político”.⁷⁴ Ele sugere que conceder a cidadãos individuais a oportunidade de participar da tomada de decisão política da comunidade tem uma consequência – uma boa consequência – que é a de que isso confirma seu igual pertencimento ou *status* na comunidade. Isso lhes garante que eles são considerados por outros como pessoas cujas opiniões e escolhas têm valor. Permitir que pessoas participem também tem a boa consequência de ajudar os cidadãos a se identifica-

...

72 Cf., por exemplo: HENKIN, Louis. That “S” Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, Et Cetera. Address at Fordham University School of Law, Robert R. Levine Distinguished Lecture Series (23 fev. 1999). *Fordham Law Review*, v. 68, n. 1, p.1-14, 1999.

73 Para a ideia de várias ondas de dever sendo geradas por um direito específico, cf.: WALDRON, Jeremy. Rights in Conflict. *Ethics*, v. 99, n. 3, p. 503-519, 1989. p. 509-512.

74 DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 187.

rem com os resultados das decisões políticas e a considerar essas decisões em alguma medida como sendo deles, com bons efeitos multiplicadores para legitimidade (no sentido que os sociólogos empregam o termo).⁷⁵ Tudo isso é, sem dúvida, importante; no entanto, faz pensar em um diretor mencionando as vantagens que podem ser obtidas ao permitir seus alunos opinarem sobre assuntos educacionais por meio de um conselho escolar. A descrição de Dworkin subestima radicalmente a noção de um *direito* de participação, o imperativo de que um indivíduo seja tratado como igual no que diz respeito à tomada de decisão de uma sociedade, o sentido de princípio que está em jogo quando alguém, indignado, pergunta “como eles se atrevem a excluir a *minha* opinião – *me* marginalizar da votação – dessa decisão, que me afeta e à qual estou sujeito?”.

Então, como ponderamos essas considerações relacionadas ao processo e ao resultado? Temos pela frente o problema habitual de tentar maximizar o valor de duas variáveis, como quando pedimos para alguém comprar o carro mais rápido pelo menor preço. Existem várias maneiras pelas quais podemos formular essa questão. Nós poderíamos perguntar: “Que método é mais propenso a nos levar à verdade sobre direitos, e que simultaneamente respeite adequadamente a reivindicação, por parte daqueles que são afetados, de terem igual direito de terem suas vozes escutadas?”.⁷⁶ Ou poderíamos perguntar: “Que método melhor respeita a reivindicação de igual direito de escuta que vem das vozes daqueles afetados, e que simultaneamente seja razoavelmente propenso a nos levar à verdade sobre direitos?”. Acredito que eu possa cortar esse nó górdio. O que eu irei argumentar, na seção IV, é que as razões relacionadas ao resultado são, na melhor das hipóteses, inconclusivas. Elas são importantes, mas elas em nada estabelecem (ao contrário do que comumente se pensa) uma posição clara favorável à revisão judicial. As razões relacionadas ao processo, no entanto, são bastante unilaterais. Elas acabam, sobretudo, por desacreditar a revisão judicial e deixa ileso a tomada de decisão legislativa. Então, parece-me que o lado Legislativo vence em qualquer formulação da questão. E esse será o cerne da posição contrária à revisão judicial.

IV. RAZÕES RELACIONADAS AO RESULTADO

De acordo com Raz, “[uma] forma natural de proceder é pressupor que a implementação dos direitos fundamentais deveria ser confiada a qualquer procedimento decisório político que

...

⁷⁵ Esse resumo da opinião do Dworkin foi adaptado de Kavanagh, nota 70 *supra*, p. 458-459.

⁷⁶ A questão é posta assim em: MICHELMAN, Frank I. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 59-60.

seja, nas circunstâncias do tempo e espaço, o mais propenso a implementá-los bem, com a menor quantidade de efeitos colaterais adversos”.⁷⁷ Imagino que a discussão nesse ponto deve estar em linha com o debate mais amplo sobre a competência institucional das cortes, iniciado pela escola do Processo Legal.⁷⁸ Cortes são boas para decidir algumas questões, mas não outras. Tecnicamente, nós usamos o termo “direitos” para denotar as questões que cortes caracteristicamente decidem, porque um demandante tem de manifestar uma reivindicação de direito para poder conseguir ser ouvido pela corte. Contudo, como Lon Fuller observou, disso não decorre que cortes são conseqüentemente o fórum apropriado para lidar com reivindicações de direito no senso menos técnico que está sob consideração aqui.⁷⁹ Algumas reivindicações de direitos têm o caráter do tipo de questão binária que cortes podem ser competentes para enfrentar, outras têm um caráter multifacetado que tem recorrentemente sido considerado inapropriado para decisão pela estrutura judicial. Esse tema demanda considerações adicionais. Não direi muito mais sobre isso agora, e voltarei minha atenção às alegações mais específicas que são feitas sobre a competência de cortes e das legislaturas sobre as questões morais importantes que são o tema deste ensaio.

É tentador associar razões relacionadas ao resultado à posição favorável à revisão judicial (e razões relacionadas ao processo com a posição contrária a ela). Isso é um erro. É verdade que muitas das mais importantes razões relacionadas ao processo dizem respeito à participação e, portanto, favorecem instituições eletivas ou representativas. Porém, disso não decorre que todas ou a maioria das razões relacionadas ao resultado argumentam em favor do outro lado. As razões relacionadas ao resultado, como veremos, servem aos dois lados. Existem aspectos das legislaturas que às vezes as tornam vulneráveis aos tipos de pressões contra os quais os direitos supostamente deveriam nos proteger; mas existem também aspectos dos tribunais que fazem com que seja difícil para elas enfrentarem diretamente as questões morais que divergências sobre direitos apresentam.

Raz reconhece que as razões relacionadas ao resultado podem pesar para os dois lados. Ele apresenta um argumento conhecido

[E]m muitos países existem amplas razões para suspeitar que membros do Legislativo são influenciados por interesses sectários em tal nível que não é provável que eles sequer tentem estabelecer quais direitos as (algumas) pessoas têm [...] Nós podemos saber que certos fatores tendem a obnubilar o julgamento das pessoas. Eles podem ser, por exemplo,

• • •

⁷⁷ RAZ, nota 71 *supra*, p. 45.

⁷⁸ Cf. HART e SACKS, nota 49 *supra*, p. 640-647.

⁷⁹ FULLER, nota 49 *supra*, p. 368-370.

suscetíveis à influência de seus próprios interesses. Nós podemos então preferir um procedimento no qual aqueles encarregados com uma decisão não são afetados, ou não são diretamente afetados, por sua própria decisão. Existem outros fatores conhecidos por enviesar decisões, e a natureza e presença deles pode ser estabelecida mesmo sem conhecimento sobre o conteúdo dos direitos em questão.⁸⁰

Agora, ao ponderar uma afirmação crítica como essa, temos de questionar a sua compatibilidade com nosso terceiro pressuposto: Esse tipo de preconceito sectário é típico de legislaturas em todas as sociedades? Ou nós deveríamos associá-lo ao caso não central de uma sociedade cujos membros são em grande parte indiferentes a direitos? Discorrerei mais sobre isso na seção VII.⁸¹ No entanto, mesmo pelo seu valor de face, o argumento do Raz não aponta univocamente a uma direção. As mesmas pressões sectárias frequentemente também explicam a negligência judicial de direitos. Vimos isso nos Estados Unidos em casos tão diversos quanto *Korematsu*, *Schenck*, *Dread Scott* e *Prigg*.⁸² Mais recentemente, Laurence Tribe (normalmente um vigoroso defensor da revisão judicial) observou que no pânico que atingiu os Estados Unidos depois do 11 de setembro, “seria um terrível erro para aqueles que se preocupam com direitos e liberdades civis depositar esperança demais no Judiciário em tempos de crise”.⁸³

Em qualquer caso, Raz reconhece que razões relacionadas ao resultado também argumentam na direção oposta:

Às vezes [...] existem razões para se pensar que aqueles cujos interesses não serão afetados por uma decisão não estarão propensos a tentar honestamente descobrir o que é justo nas circunstâncias postas. Às vezes o indivíduo pode ser incapaz de apreciar as dificuldades

...

⁸⁰ RAZ, nota 71 *supra*, p. 46.

⁸¹ Cf. o texto *infra* que é acompanhado pelas notas 137 a 141. Esse é o trecho no qual eu tratarei da alegação (para casos não centrais) de que juízes simpatizantes de direitos de minorias estão em uma posição melhor para resistir o preconceito popular do que legisladores simpatizantes de direitos de minorias.

⁸² *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 1944 (recusou proteção à detenção de cidadãos de descendência japonesa durante a Segunda Guerra Mundial); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 1919 (julgou que criticar o alistamento obrigatório durante a Primeira Guerra Mundial seria análogo a gritar fogo em um teatro lotado); *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 425-27, 1857; *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 612, 1842 (derrubaram legislação estadual que buscava proteger afro-americanos de caçadores de escravos).

⁸³ TRIBE, Laurence. Trial by Fury: Why Congress Must Curb Bush’s Military Courts. *New Republic*, v. 225, 10 dez. 2001. p. 18-19; cf. também: DWORKIN, Ronald. The Threat to Patriotism. *New York Review Books*, 28 fev. 2002. p. 44, 46-47 (aponta a tolerância passada da Corte a violações de direitos em tempos de crise).

de uma classe de pessoas a não ser que o indivíduo pertença ele mesmo a essa classe e, portanto, em vez de confiar a decisão àqueles que não são afetados por ela, ela deveria ser dada àqueles que ela afeta.⁸⁴

Legislaturas são estabelecidas com estruturas de representação precisamente com o objetivo de fomentar esse sentido de compreensão de circunstâncias particulares.

Às vezes, sugere-se que as estruturas de participação democrática não se preocupam minimamente com a importância de assegurar resultados apropriados – cegamente, elas só dariam poder à maioria. Isso é um disparate. Todas as democracias limitam o direito de voto de várias formas para assegurar um mínimo de maturidade no momento do voto. Eles não dão às crianças, por exemplo, o direito de votar, apesar de elas serem afetadas pelas decisões em consideração. Além disso, as legislaturas são constituídas de maneira que se garanta que o processo de decisão inclua informações sobre o grau de aceitabilidade das diversas opções para diferentes setores sociais. E as decisões são normalmente tomadas no contexto de instituições bicamerais, de forma que cada proposta legislativa tenha de obter apoio da maioria em cada uma das duas casas com calendários eleitorais ligeiramente diferentes.⁸⁵ Ademais, sistemas com revisão judicial fraca ou sem revisão judicial às vezes têm disposições específicas no processo legislativo para que questões de direitos sejam destacadas.⁸⁶ Na maioria das democracias, há disposições específicas para debate cuidadosamente orquestrado perto das eleições, assim como uma vasta gama de conexões entre o debate formal no Legislativo e o debate informal e a acumulação de informação fora do Legislativo. Todos esses são ajustes a procedimentos democráticos relacionados ao resultado. O que vemos, no quesito participação, não é o que Rawls chamou de uma alegação de justiça procedimental pura, mas algo como justiça procedimental imperfeita.⁸⁷

Em geral, o que percebo quando leio argumentos relacionados ao resultado em favor da revisão judicial é que as pessoas pressupõem que deva ser possível fazer um argumento

...

⁸⁴ RAZ, nota 71 *supra*, p. 46.

⁸⁵ Alguns sistemas bicamerais, como o Reino Unido, têm uma câmara alta não eleita e disposições (nos Atos do Parlamento e em algumas convenções da Constituição Britânica) que permitem que a câmara baixa (eventualmente) prevaleça em caso de conflito.

⁸⁶ Cf. a nota 63 *supra* e o texto que é acompanhado por ela.

⁸⁷ Cf.: RAWLS, *A Theory of Justice*, nota 53 *supra*, p. 84-85. Nós falamos de justiça puramente procedimental quando queremos indicar que não há nada mais para a justiça do resultado do que o fato de que ele foi obtido por meio da aderência criteriosa a um procedimento justo. Nós falamos de uma justiça procedimental imperfeita quando nós queremos transmitir a ideia de que um determinado resultado precisa ser julgado com base em seus próprios méritos, além de com base no procedimento que o produziu.

desse tipo em favor das cortes, nem que seja pelo fato de que os argumentos contrários à revisão judicial mais corriqueiros não estão relacionados ao resultado. As pessoas se esforçam para associar as razões relacionadas ao resultado ao Judiciário e, ao fazer isso, elas frequentemente passam uma imagem bem pouco realista da forma como são tomadas as decisões judiciais.⁸⁸ Os oponentes da revisão judicial são constantemente acusados de adotar uma visão ingenuamente otimista do Legislativo, mas, às vezes, nós fazemos isso deliberadamente, contrapondo uma imagem otimista a outra, diante da recusa dos defensores das cortes de apresentarem uma descrição realista do que acontece lá.⁸⁹

No restante dessa seção, eu quero analisar em mais detalhe três vantagens relacionadas ao resultado que são, por vezes, atribuídas às cortes. Essas vantagens seriam que: (a) as questões de direitos são apresentadas às cortes no contexto de casos específicos; (b) as cortes abordam as questões de direitos orientadas pelo texto de uma Carta de Direitos; (c) a racionalidade e fundamentação têm um papel proeminente na deliberação judicial. Essas vantagens são apresentadas como favorecendo a ideia de revisão judicial. Examinando os três argumentos, entretanto, sustentarei que há importantes defeitos relacionados ao resultado na forma pelas quais as cortes abordam os direitos e importantes vantagens relacionadas ao resultado a favor da legislatura.

A. ORIENTAÇÃO A CASOS PARTICULARES

Argumenta-se, às vezes, que a melhor coisa da argumentação judicial sobre direitos (em oposição à argumentação legislativa) é que as questões de direitos se apresentam a juízes na forma de situações individuais concretas. Os direitos, afinal, são direitos individuais, e é útil focar o exame na forma como um indivíduo é afetado por um diploma legislativo. Como propõe Michael Moore, “os juízes estão mais bem posicionados para [...] ter perspicácia moral do que legisladores porque os juízes têm experimentos mentais sobre questões morais apresentados a eles todos os dias com o tipo de detalhe e envolvimento pessoal concreto necessário para a perspicácia moral”.⁹⁰

Porém, isso é, em grande parte, um mito. Quando os casos chegam aos altos níveis recursais sobre os quais nós estamos em geral falando em nossas discussões sobre revisão judicial,

...

⁸⁸ Para uma crítica geral dos argumentos que associam a revisão judicial à deliberação moral minuciosa entre, por exemplo, ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos, cf. KRAMER, nota 11 *supra*, p. 240. Kramer apresenta uma descrição precisa da forma como as agendas políticas dos ministros, e as falanges de assessores ideologicamente motivados em diversos gabinetes, interferem com qualquer coisa que poderia ser reconhecida como deliberação colegiada significativa.

⁸⁹ Cf.: WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Nova York: Cambridge University Press, 1999. p. 2.

⁹⁰ MOORE, Michael S. Law as a Functional Kind. In: *Natural Law Theory*, nota 19 *supra*, p. 188, 230. Para uma resposta, cf.: WALDRON, Moral Truth and Judicial Review, nota 19 *supra*, p. 83-88.

quase todos os traços dos titulares de direito de carne e osso desapareceram, e discussões como essa giram em torno da questão abstrata sobre o direito em disputa. Litigantes ou petionários são selecionados por grupos de *advocacy* precisamente com o objetivo de encarnar as características abstratas que esses grupos querem enfatizar como parte de um argumento geral de política pública. As idiosincrasias particulares dos litigantes individuais normalmente já saíram de cena quando a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrenta a questão, e a Corte quase sempre enfrenta a questão em termos gerais.⁹¹

O processo legislativo é aberto à consideração de casos individuais, por meio de *lobby*, em audiências e no debate. De fato, existe hoje uma tendência de se propor legislação com base em casos individuais notórios – a Lei Megan, por exemplo.⁹² Os casos difíceis geram mau direito, às vezes se diz. Na medida em que isso é verdade, parece-me que as legislaturas estão muito mais bem posicionadas para avaliar a relevância de um caso individual em relação a uma questão geral de direitos que afeta milhões e que os afeta de muitas maneiras diferentes.⁹³

B. ORIENTAÇÃO AO TEXTO DE UMA CARTA DE DIREITOS

Estamos imaginando uma sociedade com uma Carta de Direitos e, se é para existir uma revisão judicial de legislação, ela presumivelmente focará na Carta de Direitos. A Carta de Direitos, nós pressupusemos, foi adotada na sociedade de acordo com o compromisso compartilhado de seus membros com a ideia de direitos individuais e de minorias, não obstante o fato de que eles discordam sobre o que esses direitos são e o que eles implicam. Pois bem, quando divergências sobre direitos irrompem em relação à legislação, surge a questão do papel que

...

⁹¹ Cf. WEDDINGTON, Sarah. *Roe v. Wade: Past and Future*. Address at Suffolk University Law School, The Donahue Lecture Series (7 dez. 1989). *Suffolk University Law Review*, v. 24, p. 601-620, 1990. p. 602-603.

⁹² A Lei Megan, que criou um registro de pessoas condenadas por crimes contra a liberdade sexual, foi promulgada em Nova Jérsei em 1994, 1994 N.J. Laws 1152 (codificada em N.J. STAT. ANN. §§ 2C:7-1 a 7-11, 2005), depois que Megan Nicole Kanka foi estuprada e assassinada por um homem previamente condenado por crime contra a liberdade sexual. Há agora também uma Lei Megan federal. 42 U.S.C. § 14071, 2000. Para uma descrição da aprovação dessa lei, cf.: FILLER, Daniel M. Making the Case for Megan’s Law: A Study in Legislative Rhetoric. *Indiana Law Journal*, v. 76, n. 2, p. 315-365, 2001.

⁹³ Cf. EISGRUBER, nota 13 *supra*, p. 173 (“Juizes tratam de questões constitucionais no curso de decidir controvérsias entre partes específicas. Como resultado, essas questões vêm a eles de uma maneira que é incompleta [...]. Nem todas as pessoas interessadas terão a legitimidade ativa para se apresentar perante a corte. Juizes recebem provas e ouvem argumentos de apenas um número limitado de partes [...]. Como resultado, juizes podem não ter as informações necessárias para obter uma perspectiva completa sobre a equidade de um sistema social, político ou econômico inteiro”). Eisgruber conclui com isso que seja provavelmente imprudente os juizes tentarem tratar de questões que se transformem no que ele chama de princípios morais “completos”. *Idem*, p. 165, 171, 173.

a Carta de Direitos deveria ter no processo decisório sobre o tema sendo discutido. De um ponto de vista relacionado ao resultado, é uma boa ou uma má ideia que as divergências sobre direitos sejam debatidas em relação aos termos de uma Carta de Direitos?

Um motivo para se pensar que essa seja uma boa ideia é que as formulações escritas da Carta de Direitos podem ajudar os debatedores a focar nas questões de direitos abstratas que estão em jogo. Contudo, existem motivos fortes no outro lado. A redação usada na Carta de Direitos não terá sido escolhida tendo em mente as divergências sobre direitos. Ou, se foi, ela terá sido escolhida de modo a contornar as divergências sobre direitos que existiam na época em que a Carta de Direitos foi estabelecida. Suas platitudes podem ser exatamente as formulações erradas para nortear explorações lúcidas, responsáveis e de boa fé sobre divergências sobre direitos.

As formulações escritas de uma Carta de Direitos também tendem a encorajar certo formalismo textual rígido.⁹⁴ Um direito positivado em uma Carta de Direitos encontra sua proteção sob os auspícios de uma formulação canônica na qual as disposições da Carta são enunciadas. Uma lição da experiência constitucional americana é a de que as palavras de cada dispositivo tendem a assumir uma vida própria, tornando-se um termo guarda-chuva para expressar tudo o que alguém possa querer dizer sobre o direito em questão. Isso pode ser um perigo menor em um sistema de supremacia legislativa, porque legisladores podem, se desejarem, colocar a pergunta para eles mesmos sem referência às formulações da Carta de Direitos. Todavia, é parte do *modus operandi* das cortes buscar refúgios textuais para seu raciocínio, e elas certamente tenderão, de uma maneira um tanto quanto obsessiva, a ter como norte o texto da Carta de Direitos.

No mínimo, as cortes tenderão a ser distraídas em seus argumentos sobre direitos por argumentos laterais, incidindo sobre a melhor forma de os juízes abordarem um texto como a Carta de Direitos. A experiência americana ilustra essa situação: na maioria dos votos dos juízes, a proporção de argumentos sobre teorias de interpretação é tão maior que a de argumentos versando diretamente sobre questões morais que ninguém que pense que as questões substantivas em si são importantes irá considerá-la satisfatória. Isso ocorre, em parte, pelo fato de a legitimidade da revisão judicial ser, em si mesma, tão problemática. Uma vez que os juízes (como o resto de nós) estão preocupados com a legitimidade de um processo que os permite decidir essas questões, eles se agarram aos textos que os autorizam e debatem sua interpretação deles em vez de se aventurarem a discutir diretamente razões morais.⁹⁵

94 Esse é um argumento que eu desenvolvi em: WALDRON, A Right-Based Critique, nota 14 *supra*.

95 Cf.: TUSHNET, nota 11 *supra*, p. 60 (“Cortes podem conceber algumas doutrinas para refletir seu juízo sobre suas próprias habilidades limitadas, não para refletir diretamente valores constitucionais substantivos”).

Um argumento final: o texto de uma Carta de Direitos pode distorcer o raciocínio judicial não só pelo que ele inclui, mas também pelo que ele omite. Suponhamos que membros de uma dada sociedade discordem sobre se a Carta de Direitos deveria ter incluído direitos positivos (socioeconômicos) além de negativos (de liberdade).⁹⁶ Aqueles que pensam que direitos positivos deveriam ter sido incluídos podem pensar que a presente Carta de Direitos distorce o raciocínio moral ao excluí-los. Uma resposta poderia ser a de que, na pior das hipóteses, essa omissão só leva a uma possível não revisão de legislação em casos em que essa seria apropriada, mas não é, em si, um argumento contrário à revisão judicial. No entanto, isso é simplista demais. Deixar de incluir direitos positivos pode alterar (ou distorcer) o entendimento dos juízes sobre os direitos que *estão* incluídos. Os juízes podem dar mais peso aos direitos de propriedade ou à liberdade contratual, por exemplo, do que eles dariam se a propriedade e a liberdade contratual estivessem positivadas ao lado de direitos explícitos à seguridade social. E dar a eles maior peso pode levar os juízes a invalidar leis que não deveriam ser invalidadas – leis que estão tentando compensar essa deficiência e implementar, por meio de legislação, aqueles direitos que não foram incluídos nas formulações da Carta de Direitos.

C. FUNDAMENTAÇÃO

Frequentemente se pensa que a grande vantagem da tomada de decisão judicial em questões de direitos individuais são o raciocínio e a fundamentação explícitos que são associados a ela. As cortes fundamentam suas decisões, diz-se, e isso é um sinal de que estão levando a sério o que está pautado, enquanto que legislaturas não fundamentam suas decisões. Na verdade, esse é um falso contraste. Legisladores fundamentam seus votos assim como os juízes o fazem. Os fundamentos são apresentados no que nós chamamos de debate, e eles são publicados no *Hansard* ou no *Congressional Record*. A diferença é que juristas são treinados para estudar de perto os fundamentos que os juízes apresentam; eles não são treinados para estudar de perto o raciocínio legislativo (embora eles ocasionalmente o vasculhem com propósitos interpretativos).

Talvez esse argumento não seja realmente sobre a presença ou ausência de fundamentação, mas sim sobre sua qualidade. De meu ponto de vista, entretanto, os fundamentos que

• • •

⁹⁶ Cf. *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir. 1983) (Posner, J.) (observa que o sistema constitucional americano “é uma carta de liberdades negativas em vez de positivas”); TUSHNET, Mark. An Essay on Rights. *Texas Law Review*, v. 62, n. 8, p. 1363-1403, 1984. p. 1393-1394 (“Nós poderíamos certamente ter uma constituição diferente [...]. Pode-se argumentar que o partido da humanidade deve lutar para reformular a retórica de direitos de modo que a descrição do juiz Posner não pareça mais natural e talvez pareça até mesmo forçada”).

as cortes tendem a dar quando exercem poderes de revisão judicial de legislação são raramente os fundamentos que seriam considerados em uma discussão amplamente deliberativa, e o processo de buscar, citar, avaliar e comparar o peso desses fundamentos é bastante diferente para cortes do que para um deliberador político ideal. Esse é, em parte, o argumento mencionado anteriormente – o de que os argumentos terão como norte a terminologia da Carta de Direitos. Se tivermos sorte o suficiente para ter uma boa e atualizada Carta de Direitos, então pode haver alguma congruência entre a fundamentação judicial e a fundamentação que nós buscaríamos em uma deliberação plenamente racional, moral ou política. Entretanto, se temos uma constituição antiquada, com 200 ou 300 anos, então a alegada fundamentação é provavelmente artificial e distorcida. Nos Estados Unidos, o que é chamado de “fundamentação” é normalmente uma tentativa de conectar o caso que a corte está enfrentando a algum texto em prosa escrito sem muita reflexão no século XVIII ou XIX. (Por exemplo, será que a discussão sobre “devido processo substantivo” ser ou não um oxímoro é a melhor abordagem para pensar sobre direito trabalhista ou, ainda, direito ao aborto?)

A fundamentação das cortes também envolve tentativas de construção de analogias ou distinções desesperadas entre o caso que elas enfrentam no momento e outros casos que decidiram antes (e nos quais eles se engajaram em contorcionismos similares). Realiza-se uma trabalhosa discussão sobre precedentes, apesar de se admitir, nos mais altos níveis de jurisdição, que os precedentes não resolvem a questão.⁹⁷ (Então, há também uma discussão árdua sobre as circunstâncias nas quais os precedentes devem ou não ser superados.⁹⁸) E, durante todo esse tempo, as controvérsias reais pautadas nas divergências de boa-fé sobre direitos ficam de lado. Elas normalmente ocupam apenas um parágrafo ou dois das 20 ou mais páginas devotadas a um voto em uma decisão, e, mesmo assim, as controvérsias raramente são enfrentadas diretamente. Na decisão de 50 páginas da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, por exemplo, não há mais que alguns poucos parágrafos lidando com a importância moral dos direitos reprodutivos em relação à privacidade, e os poucos parágrafos que abordam a outra questão moral pautada – o estatuto dos direitos do feto – tratam, sobretudo, da diversidade de opiniões sobre a questão.⁹⁹ Leia aqueles parágrafos: o resultado pode ser atraente, mas o “raciocínio” é raso.

...

⁹⁷ Cf., por exemplo: MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 4, p. 723-773, 1988.

⁹⁸ Cf., por exemplo, *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 854-69, 1992 (discute as circunstâncias nas quais precedentes constitucionais podem ser revertidos).

⁹⁹ Há uma quantidade tremenda de história jurídica e social na opinião, mas apenas algumas páginas endereçam as reais questões morais em jogo. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153-55, 1973 (discute privacidade e a importância de direitos reprodutivos); *idem*, p. 159-162 (discute os supostos direitos ou personalidade do feto).

Na verdade, creio que haja uma boa razão para as coisas serem assim. As cortes estão preocupadas com a legitimidade de sua tomada de decisão e, por isso, elas focam seus argumentos em fatos que tendem a mostrar que elas têm respaldo legal – na constituição, na lei ou em precedentes – para tomar a decisão que estão propondo. Isso é compreensível, mas esse aspecto pesa fortemente contra as cortes sob o ponto de vista do argumento relacionado ao resultado, no que diz respeito à revisão judicial ser preferível à legislação.¹⁰⁰ Distraídas por essas questões de legitimidade, as cortes focam no que outras cortes fizeram ou em qual é a linguagem da Carta de Direitos, enquanto os legisladores – apesar de todos os seus defeitos – tendem, pelo menos, a tratar diretamente do cerne da questão.¹⁰¹

Nesse sentido, é surpreendente o quanto é rica a argumentação em debates legislativos sobre questões importantes de direito em países sem revisão judicial.¹⁰² Recentemente, li os debates da Câmara dos Comuns sobre a *Medical Termination of Pregnancy Bill* de 1966.¹⁰³ Esse foi um projeto que propunha liberalizar o direito ao aborto. O debate da segunda rodada de discussões sobre aquele projeto é um dos melhores exemplos que poderíamos esperar de uma instituição política confrontando questões morais. É um debate prolongado – cerca de 100 páginas na *Hansard*¹⁰⁴ – envolvendo parlamentares trabalhistas pró-vida e trabalhistas pró-escolha, parlamentares conservadores pró-vida e conservadores pró-escolha, todos discutindo e focando sobre todas as questões que precisam ser enfrentadas quando o aborto está sendo debatido. Eles debateram as questões ardentemente, mas também cuidadosa e honradamente, e os dois lados estavam atentos a direitos, princípios e questões pragmáticas. Esse foi um debate em que, ao final, os apoiadores do projeto venceram: a ala pró-escolha prevaleceu.¹⁰⁵ Algo

...

100 Eisgruber parece conceder isso, reconhecendo que “[m]uito frequentemente juízes tentam justificar decisões controversas citando precedentes ambíguos, e [...] encobrem suas verdadeiras razões atrás de fórmulas e citações pouco elucidativas emprestadas de casos anteriores”. Eisgruber, nota 13 *supra*, p. 70; cf. também: *Idem*, p. 135 (“[J]uízes [...] frequentemente [...] fingem que eles não estão fazendo julgamentos políticos eles mesmos, e que suas decisões foram forçadas a eles por detalhes textuais ou fatos históricos”).

101 Há um ponto importante aqui enfatizado por Mark Tushnet: Nós não deveríamos criticar os legisladores por não conseguirem raciocinar como os juízes, já que essa pode não ser a forma inteligente de endereçar as questões pautadas. TUSHNET, nota 11 *supra*, p. 63-65.

102 Isso foi adaptado de WALDRON, nota 46 *supra*.

103 No Legislativo britânico, o debate da segunda rodada de discussões é o momento de deliberação sobre os princípios centrais do projeto.

104 732 Parl. Deb., H.C. (5. ser.), 1966, p. 1067-1166.

105 O debate da segunda leitura não foi o fim, é claro. Houve uma etapa longa em comitê e então um debate de terceira leitura, e em seguida debates similares na Câmara dos Lordes. No entanto, eventualmente a legislação liberalizante foi promulgada.

notável foi que todos que participaram do debate, mesmo parlamentares pró-vida (quando eles viram para que lado a votação penderia), reconheceram o respeito com a qual suas posições haviam sido ouvidas e levadas a sério naquela discussão.¹⁰⁶ Pense: quantas vezes nós ouvimos qualquer pessoa do lado pró-vida elogiar a atenção e o respeito com a qual a sua posição foi discutida, por exemplo, pela Suprema Corte em *Roe v. Wade*?¹⁰⁷

Nos Estados Unidos, nós nos congratulamos por remeter às cortes controversias sobre direitos individuais, como o direito ao aborto, para a jurisdição constitucional; e nos congratulamos sob o argumento de que cortes podem ser consideradas fóruns de princípio, para usar a famosa frase do Ronald Dworkin.¹⁰⁸ De fato, nós às vezes dizemos que os britânicos são retrógrados por não fazerem isso.¹⁰⁹ Contudo, a diferença fundamental entre o debate legislativo britânico e o raciocínio judicial americano é que este está mais preocupado com interpretação e doutrina, enquanto aqueles parlamentares são capazes de focar unicamente na questão do aborto em si e no que ela implica – sobre o *status* ético do feto, sobre a situação difícil das mulheres grávidas e a importância de suas escolhas, sua liberdade e sua privacidade, sobre os conflitos morais e as dificuldades que tudo isso envolve, e sobre as questões pragmáticas sobre o papel que o direito deveria ter em relação a questões morais privadas. Essas são questões que certamente precisam ser debatidas quando a sociedade está decidindo sobre o direito ao aborto, e essas são questões que recebem o maior tempo nos debates legislativos e o menor tempo nas deliberações judiciais.¹¹⁰

...

106 Cf., por exemplo, 732 Parl. Deb., H.C. (5. ser.), 1966, p. 1152. Norman St. John-Stevas, um parlamentar católico que votou contra o projeto, entretanto, começou notando que “[n]ós todos concordamos que esse tem sido um debate vitalmente importante, conduzido em um nível que é digno das mais altas tradições desta Casa”.

107 Quando eu menciono esse exemplo, meus amigos americanos me dizem que a legislatura britânica é organizada para tornar possíveis formas de debate que não são possíveis nos Estados Unidos. Bem, deixando de lado a questão de se os Estados Unidos devem ser considerados um caso patológico, isso é simplesmente falso. O debate a que eu acabei de me referir funcionou porque a Câmara dos Comuns suspendeu uma de suas características marcantes – disciplina partidária forte – para o propósito dessa questão de direitos. Parlamentares debateram de fato o assunto muito mais no estilo de seus equivalentes americanos, não necessariamente seguindo a linha partidária, mas declarando suas próprias opiniões clara e vigorosamente.

108 DWORKIN, nota 3 *supra*, p. 33, 69-71.

109 Cf. Editorial, Half-Measures on British Freedoms. *New York Times*, 17 nov. 1997, p. A22 (critica o Ato dos Direitos Humanos por não levar o Reino Unido convictamente a um sistema de revisão judicial forte).

110 Elena Kagan e outros me sugeriram que essa crítica da forma como as cortes discutem direitos é predicada em um pressuposto de que o que nós estamos visando proteger são direitos morais. Se, por outro lado, o que nós valorizamos é a proteção dos nossos direitos constitucionais positivados, então esse modo de discussão não é tão inapropriado quanto minha crítica sugere. Eu não estou convencido. O que nós buscamos proteger são direitos, e a questão é quais mecanismos disponíveis no Estado moderno são melhores em protegê-los e

Tenho certeza de que haveria mais a ser dito sobre a questão relacionada ao resultado. Não há dúvidas de que assim como cortes enfrentam controvérsias sobre direitos de formas que distorcem o que está realmente em jogo, o raciocínio legislativo também pode ser uma desgraça, como quando maiorias legislativas atuam com base no pânico, ou imprudentemente, ou simplesmente repetem *slogans* populares ou sectários em seus pseudodebates. A questão é a seguinte: que defeitos na deliberação deveriam ser considerados normais e quais deveriam ser considerados aberrações na forma como as respectivas instituições – cortes e legislaturas – supostamente deveriam se comportar? Apesar da retórica de Dworkin sobre “fóruns de princípio”, eu penso que as cortes tendem a se comportar nas formas que eu critiquei, focando em precedentes, texto, doutrina e outros legalismos. Nossa pressuposição sobre cortes – pressuposto dois – é sobre instituições que se comportam dessa forma, na verdade, que se comportam bem por esses padrões (legalistas). No caso das legislaturas, entretanto, legislar apressada ou sectariamente não é parte da teoria normal sobre o que legislaturas deveriam fazer. Não é o que devemos pressupor para o argumento central de tomada de decisão legislativa em uma sociedade cuja maioria dos membros respeita direitos. Pode haver alguns países – talvez os Estados Unidos – que desenvolveram patologias legislativas específicas. Se esse é o caso, então os americanos devem restringir a posição não central deles, favorável à revisão judicial, às suas próprias circunstâncias excepcionais.

V. RAZÕES RELACIONADAS AO PROCESSO

Entre as razões que temos para estabelecer procedimentos decisórios de uma forma ou outra, algumas podem ter pouco a ver com os resultados, sejam resultados particulares ou resultados em geral. Elas se relacionam, em seu lugar, com voz ou equidade ou outros aspectos do processo em si. Como disse antes, frequentemente se pressupõe que argumentos relacionados ao processo pesam inequivocamente contra a revisão judicial. Isso não é bem verdade. Alguns argumentos frágeis relacionados ao processo foram formulados por defensores da prática, e eu os revisarei ao final desta seção. Porém, em geral, é verdade: a preponderância das razões relacionadas ao processo pesa em favor das legislaturas.

A questão da legitimidade política dos procedimentos decisórios diante de divergências sobre resultados pode ser posta da seguinte forma. (Tenho o receio de que isso será bastante abstrato.)

...

facilitar discussões inteligentes sobre eles. Eu não pressuponho que o modo de discurso em um seminário de filosofia moral é o apropriado. O que estou sugerindo aqui é que é importante, de uma forma ou outra, chegar às questões reais dos interesses humanos e das liberdades humanas que estão em jogo em nossas divergências. Uma maneira legalística de proceder pode ou não ser a melhor maneira de fazer isso, mas seria bastante errado dizer que nós devemos valorizar o legalismo como um fim em si mesmo.

Imaginemos uma decisão sendo tomada por um certo processo e imaginemos uma cidadã C_n – que ficará vinculada ou será onerada pela decisão – discordando da decisão e perguntando por que ela deveria aceitá-la, cumpri-la ou tolerá-la. Alguns daqueles que apoiam a decisão podem tentar persuadir C_n de que a decisão está certa em sua substância. Contudo, eles podem não conseguir convencê-la, não por conta de alguma dificuldade de entendimento por parte de C_n , mas simplesmente porque C_n continua (de maneira não irrazoável) a ter uma visão diferente sobre esse assunto sério e controvertido. O que então deve ser dito a C_n ? Uma resposta plausível pode ser oferecida a ela tendo por base o processo por meio do qual a decisão foi alcançada. Mesmo se discorda do resultado, ela pode aceitar que o resultado foi alcançado de maneira justa. A teoria que funda uma resposta baseada em processo como essa é a teoria da legitimidade política.

Os processos decisórios políticos normalmente adotam a seguinte forma: uma vez que existe divergência sobre uma determinada decisão, a decisão deve ser tomada por um conjunto designado de indivíduos $\{C_1, C_2, \dots, C_m\}$ usando algum procedimento decisório designado. O ônus da teoria de legitimidade é o de explicar por que é apropriado que esses indivíduos, e não outros, tenham o privilégio de participar da tomada de decisão. Como poderia dizer C_n : “Por que eles? Por que não eu?”. A teoria da legitimidade terá de providenciar a base da resposta a esse questionamento. Dado que o problema é geral – não é só uma questão da perversidade idiossincrática de C_n – há a necessidade de oferecer uma resposta similar a questionamentos similares de C_0 e C_p e todos os outros Cs não incluídos no conjunto privilegiado de tomadores de decisão. No entanto, mesmo se essa resposta for aceita, a dificuldade não terá sido superada. A teoria da legitimidade também tem de fornecer uma resposta a um questionamento adicional que C_n pode fazer: “No procedimento decisório utilizado, por que não foi dado peso maior às posições dos tomadores de decisão que pensam assim como eu sobre o assunto?”. É preciso haver uma defesa do procedimento decisório utilizado por $\{C_1, C_2, \dots, C_m\}$, não só uma defesa do conjunto de participantes.

Tornemos agora mais concreta essa álgebra abstrata. Imagine que um cidadão que discorda de uma decisão legislativa sobre direitos apresente as duas questões que eu conjecturei. Ele pergunta: (1) por que deveria esse grupo de cerca de 500 homens e mulheres (os membros da legislatura) ter o privilégio de decidir uma questão de direitos que afeta a mim e a um quarto de bilhão de outros?; e (2) mesmo que eu aceite o privilégio desses 500, por que não foi dado um peso maior às visões daqueles legisladores que concordam comigo?

Em democracias, as legislaturas são estabelecidas de formas que fornecem respostas razoavelmente convincentes a essas duas questões. A resposta à primeira pergunta é fornecida pela teoria de eleições justas para o Legislativo, eleições nas quais pessoas como C_n sejam tratadas igualmente a todos os seus concidadãos na determinação de quem deveria ser privilegiado para fazer parte do pequeno grupo que participa das decisões desse tipo. A resposta à segunda pergunta é dada por argumentos de equidade bastante conhecidos que

subjazem ao princípio da decisão majoritária (DM). Não é minha tarefa defendê-lo aqui: a defesa da regra da decisão majoritária com base na equidade/igualdade é bem conhecida.¹¹¹ Melhor do que qualquer outra regra, o DM é neutro em relação aos resultados em disputa, trata seus participantes igualmente e dá a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com dar igual peso a todas as opiniões. Quando discordamos sobre o resultado desejado, quando nós não queremos, logo de saída, enviesar a questão em pauta, seja para um lado ou para o outro, e quando cada um dos participantes relevantes tem uma reivindicação moral de ser tratado como um igual no processo, o DM – ou algo nesse sentido – é o princípio a ser usado.¹¹²

Entretanto, e se alguém responde da seguinte maneira: eu posso ver por que cidadãos como C_n têm um direito de serem tratados como iguais em um processo de tomada de decisão de uma matéria que afeta a todos. Por que os 500 representantes na legislatura têm o direito de ser tratados como iguais nesse processo? O que justifica o uso que eles fazem do DM?

A resposta se refere à congruência entre as respostas à primeira e à segunda perguntas no caso de legislaturas. Para as legislaturas, nós usamos uma versão do DM para escolher representantes, e nós usamos uma versão do DM para a tomada de decisão entre os representantes. A teoria é a de que, juntas, elas fornecem uma aproximação razoável do uso do DM como um procedimento decisório entre todos os cidadãos (e, portanto, uma aproximação razoável da aplicação dos valores pressupostos no DM a todos os cidadãos).

De maneira geral, então, o que estamos dizendo a C_n é mais ou menos o seguinte: você não é a única que faz esse questionamento sobre os procedimentos decisórios que usamos. Na verdade, milhões de indivíduos o fazem. E nós respondemos a cada um deles aceitando seu argumento e dando a eles a chance de opinar sobre a decisão. De fato, nós tentamos dar a eles a maior chance possível de opinar, embora isso com certeza seja limitado pelo fato de que

...

111 Para o teorema (na teoria da escolha social) de que só DM satisfaz condições elementares de justiça, igualdade e racionalidade, cf.: SEM, Amartya K. *Collective Choice and Social Welfare*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970. p. 71-74; e MAY, Kenneth O. A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision. *Econometrica*, v. 20, 1952. p. 680. Há também discussões úteis em: BEITZ, Charles R. *Political Equality*. Princeton: Princeton University Press, 1989. p. 58-67; e DAHL, Robert A. *Democracy and its Critics*. New Haven, CT: Yale University Press, 1989. p. 139-141.

112 Ronald Dworkin me convenceu, em uma conversa, que DM não é um princípio apropriado para ser utilizado em relação a questões de justiça de primeira ordem. Se nós estivéssemos em um bote salva-vidas superlotado e alguém tivesse que sair, não seria apropriado usar DM para decidir quem deveria ser. DM é um princípio apropriado, no entanto, para escolher entre regras gerais. Se alguém no bote salva-vidas propusesse que nós deveríamos sortear quem sai e outra pessoa sugere que a pessoa mais velha deveria ser obrigada a sair do bote salva-vidas, então DM parece uma base justa para escolher entre essas regras.

estamos tentando responder de maneira justa ao pedido – que pode ser feito sob a mesma justificativa – para levar em consideração a voz de cada cidadão individualmente. Damos a cada pessoa a maior chance possível de opinar que seja compatível com uma igual chance de opinar dada às outras. Esse é o nosso princípio. E nós acreditamos que nossos complexos arranjos eleitorais e representativos satisfazem, *grosso modo*, a demanda por igualdade política – isto é, igual voz e igual autoridade na tomada de decisões.

É evidente que, no mundo real, a efetivação da igualdade política por meio de eleições, representação e processo legislativo é imperfeita. Os sistemas eleitorais são frequentemente falhos (por exemplo, devido a arranjos insatisfatórios no desenho das fronteiras dos distritos eleitorais ou à falta de proporcionalidade entre distritos), assim como são falhos os procedimentos legislativos (por exemplo, devido a um sistema de senioridade que compromete a equidade na legislatura). Pode-se admitir tudo isso, mas lembre-se de nosso primeiro pressuposto: um conjunto de instituições legislativas – incluindo um sistema de eleições para o Legislativo e um sistema de tomada de decisão dentro desse – que funciona razoavelmente no que diz respeito a esses valores democráticos de igualdade e equidade. Nós estamos pressupondo, também, que os legisladores e suas bases eleitorais mantêm esse sistema sob revisão quanto à sua conformidade a esses princípios. Por exemplo, em muitas democracias existem debates sobre sistemas rivais de representação proporcional, desenho de distritos e procedimento legislativo. C_n pode reclamar que esses sistemas não são perfeitos e não foram reformados na extensão que deveriam ter sido. Contudo, uma boa teoria de legitimidade (para a política do mundo real) terá alguma flexibilidade para dar conta de defeitos inevitáveis. Essa teoria falará de equidade razoável, não de equidade perfeita. Não há dúvida de que alguns sistemas eleitorais e Legislativos são falhos mesmo se considerados critérios generosos. Entretanto, nossa posição central não busca enfrentar situações nas quais os sistemas legislativos e eleitorais são patológica ou incorrigivelmente disfuncionais.

Retornemos ao nosso caso central e ao embate que estamos imaginando com nossa recalcitrante cidadã C_n . Que algo na linha do que foi descrito acima possa ser dito em resposta à reclamação de C_n – sobre a decisão de um Legislativo razoavelmente bem-organizado – é importante para legitimidade, mas não conclusivo. C_n pode imaginar um procedimento diferente que seja ainda mais legítimo que o procedimento legislativo. A legitimidade é, em parte, comparativa.¹¹³ Uma vez que diferentes instituições e processos podem produzir resultados diferentes, defender a legitimidade de uma dada instituição ou processo envolve a demonstração de que eles foram ou seriam mais justos do que alguma outra instituição ou processo disponível e que poderia ter levado à decisão contrária.¹¹⁴

• • •

113 Cf. WALDRON, nota 47 *supra*.

114 Cf. MICHELMAN, nota 76 *supra*, p. 57-59.

Imaginemos agora – ou, em um sistema como o dos Estados Unidos, observemos – decisões sendo tomadas não por uma legislatura, mas por uma corte (tomemos como base a Suprema Corte dos Estados Unidos) em uma questão controvertida de direitos sobre a qual os cidadãos discordam. E uma cidadã – novamente a chamaremos de C_n – que discorda do conteúdo de uma das decisões da corte e reclama dela. Ela pergunta: (1) por que deveriam esses nove homens e mulheres decidir a questão?; e (2) mesmo que devessem, por que deveriam tomar essa decisão utilizando o procedimento que eles usam em vez de um procedimento que dê mais peso a juízes com uma visão que C_n prefere?

Essas questões são muito mais difíceis para a Corte responder do que o foi para os legisladores responderem. Temos de fonte segura a informação de que questionamentos como esses são frequentemente expressos ruidosamente do lado de fora da Corte e que os ministros se sentem incomodados com eles. Alguns deles, no entanto, refletem sobre esse incômodo. (É tempo agora de revirar os olhos e deixar de prestar atenção por alguns minutos porque eu citarei o Ministro Antonin Scalia, e irei citá-lo longamente.)

Na verdade, eu estou tão incomodado quanto a corte está [...] com a “pressão política” dirigida à Corte: as passeatas, as cartas, os protestos com o objetivo de nos induzir a mudar nossos votos. Como é frustrante que tantos de nossos cidadãos (pessoas de bem, não desordeiras, nos dois lados da questão do aborto, e em vários lados de outras questões também) pensem que nós, ministros, deveríamos levar em consideração adequadamente suas opiniões, como se nós não estivéssemos engajados em definir o sentido de uma lei objetiva, mas em determinar algum tipo de consenso social. A Corte se beneficiaria, penso eu, se desse menos atenção ao *fato* desse fenômeno incômodo e mais atenção à *causa* dele. Essa causa permeia o voto de hoje: um novo modo de julgamento constitucional que se baseia não no texto e na prática tradicional para determinar o direito, mas no que a Corte chama de “julgamento fundamentado”, que não é nada além de predileção filosófica e intuição moral.¹¹⁵

Prossegue o Ministro Scalia:

O que torna tudo isso relevante à incômoda aplicação da “pressão política” sobre a Corte é o fato de que, simultaneamente, a população americana ama a democracia e não é boba. Enquanto essa Corte pensava (e as pessoas pensavam) que nós, Ministros, estávamos aqui essencialmente trabalhando como juristas – lendo textos e distinguindo entendimentos

...

115 Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 999-1000, 1992 (Scalia, J., voto dissidente) (citação omitida).

tradicionais de nossa sociedade sobre aquele texto – o público quase sempre nos deixava em paz. Os textos e as tradições são fatos a se estudar, não convicções contra as quais protestar. Porém, se, na realidade, nosso processo de julgamento constitucional consiste principalmente em fazer *juulgamentos de valor* [...] então é de se esperar que a atitude de um povo livre e inteligente em relação a nós seja (*deva ser*) bastante diferente. As pessoas sabem que os julgamentos de valor delas são tão bons quanto aqueles que estudaram em qualquer faculdade de direito – talvez melhores. Se, realmente, as “liberdades” protegidas pela Constituição são, como a Corte diz, indefinidos e sem limites, então o povo *deve* se manifestar, para protestar que nós não implementamos os valores *deles* em vez de *nostros*.¹¹⁶

Então, como Scalia diz, as questões de legitimidade são centrais, e os defensores da revisão judicial devem providenciar uma resposta.

Primeiro, por que deveriam esses ministros e só esses ministros decidir a matéria? Uma resposta pode ser a de que ministros foram nomeados e aprovados por tomadores de decisão e por órgãos de tomada de decisão (o Presidente e o Senado) que têm certas credenciais eleitorais. O Presidente é eleito, e o povo frequentemente sabe que tipo de pessoas ele provavelmente nomeará para a Suprema Corte; os senadores dos Estados Unidos que têm de aprovar as nomeações também são eleitos e suas opiniões sobre esse tipo de assunto podem ser conhecidas também. É certo que os ministros não são regularmente responsabilizados da maneira como os legisladores são, mas, como já apontamos, não estamos buscando a perfeição.

Assim, o defensor da revisão judicial não está completamente sem resposta ao questionamento feito pela nossa cidadã: há algo a dizer. Entretanto, se a legitimidade é uma questão comparativa, então essa é uma resposta espantosamente inadequada. O sistema de eleições legislativas também não é perfeito, mas é evidentemente superior – no que se refere à democracia e a valores democráticos – do que a base indireta e limitada de legitimidade democrática do Judiciário. Legisladores são regularmente responsabilizados por suas bases eleitorais e eles se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importantes em relação ao *ethos* geral de sua participação na tomada de decisão política. Nada disso é verdade para os ministros.

Segundo, mesmo se nós admitirmos que questões controvertidas sobre direitos devam ser decididas por esses nove homens e mulheres, por que elas deveriam ser decididas por votação de maioria simples entre os juizes? Aqui, a situação piora para os defensores da revisão judicial. Sempre me intrigou o fato de as cortes tomam as suas decisões por meio do voto, aplicando o princípio da DM a seus poucos números. Eu sei que eles apresentam fundamentos e tudo o que nós discutimos aqui, mas, ao fim e ao cabo, o procedimento se resume à contagem de cabeças: cinco votos derrotam quatro na Suprema Corte dos Estados Unidos,

...

¹¹⁶ *Idem*, p. 1000-1001.

independentemente dos argumentos formulados pelos ministros. Se o DM for questionado nesse contexto, nós podemos responder ao questionamento mais ou menos da mesma maneira que imaginamos responder em nome do Legislativo? Na realidade, não, não podemos. O DM é apropriado para pessoas que têm uma reivindicação moral para insistir em serem consideradas como iguais em algum processo decisório. Todavia, não consigo ver qualquer base moral para essa reivindicação no caso dos ministros da Suprema Corte. Eles não representam ninguém. O fundamento de sua participação é funcional, não uma questão de prerrogativa.

Vejo-me aqui limitado pela quase completa falta de atenção teórica no uso do DM em cortes.¹¹⁷ Estudiosos escreveram algo sobre nossa experiência empírica de votação e de estratégia de votação em cortes, e alguns sugeriram novas maneiras de combinar o voto de juízes sobre questões particulares envolvidas em cada caso, em vez de sobre o resultado geral.¹¹⁸ Contudo, não estou ciente de qualquer defesa elementar do majoritarianismo judicial.¹¹⁹ A defesa habitual da equidade e igualdade está indisponível. Suspeito que, se o uso do DM pelas cortes fosse ser defendido, ele seria defendido ou como um simples dispositivo técnico de decisão, sem nenhuma ramificação teórica aprofundada,¹²⁰ ou na base do teorema dos júris de Condorcet (votação majoritária por um grupo de adjudicadores incrementa aritmeticamente a competência do grupo para além da competência média de seus membros).¹²¹ Se for essa segunda, então a defesa do DM é parte do argumento favorável à competência

...

117 Eu tento falar um pouco sobre isso em: WALDRON. *Deliberation, Disagreement, and Voting*, nota 14 *supra*, p. 215-224.

118 Cf., por exemplo: KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-59), 1993; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. *Unpacking the Court*. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 1, p. 82-117), 1986; POST, David; SALOP, Steven C. *Rowing Against the Tidewater: A Theory of Voting by Multijudge Panels*. *Georgetown Law Journal*, v. 80, 1992. p. 743.

119 Um motivo para isso é que defensores da revisão judicial preferem não falar sobre o uso de votação majoritária simples entre os ministros em questões de direito. Eles querem poder condenar a votação majoritária sobre direitos como uma característica dos Legislativos. Se pressionados, eles reconhecerão que, é claro, juízes decidem questões por, por exemplo, maiorias de 5 a 4 ou 6 a 3 na Suprema Corte. Entretanto, eu nunca ouvi um defensor ou uma defensora da revisão judicial introduzir isso em uma questão ele mesmo ou ela mesma, quem dirá se comprometer a explicar por que isso é uma boa ideia.

120 Cf. ARENDT, Hannah. *On Revolution*. Londres: Penguin Books. p. 163 (foto. reimpressão 1982) [1963] (propõe que “o princípio da maioria é inerente ao próprio processo da tomada de decisão” e é “provável que seja adotado quase automaticamente em todos os tipos de conselhos deliberativos e assembleias”).

121 CONDORCET, Marquis de. *Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making*, 1785, *reimpresso em Condorcet: Selected Writings* 33. Editado e traduzido por Keith Michael Baker. EUA: Macmillan, 1976.

judicial relacionada ao resultado, o que quer dizer que ela terá de competir com um argumento similar que pode ser feito em favor de um órgão de votação muito mais amplo no Legislativo.¹²² Independentemente da forma como essa discussão se desenvolveria, meu ponto é o seguinte: não há argumento adicional de equidade favorável ao uso do DM pelas cortes, ao contrário do que ocorre para seu uso pelo Legislativo.

Essas últimas questões devem nos lembrar de que as respostas que estamos imaginando para o questionamento de C_n sobre procedimentos legislativo e judicial não são as únicas possíveis. Poderíamos igualmente apresentar um argumento relacionado ao resultado para responder a seu questionamento. No entanto, acho que consegui demonstrar nesta seção, e na seção anterior, que a posição relacionada ao resultado é inconclusiva (ou argumenta em favor das legislaturas), enquanto a posição relacionada ao processo está quase inteiramente do lado das legislaturas. Lembremos, também, do que dissemos ao final da seção III. As razões, em ambas as posições, relacionam-se a direitos. Se uma ou outra instituição fosse claramente superior na determinação de quais direitos as pessoas realmente têm, então isso pesaria muito fortemente em favor daquela instituição. Porém, esse não é o caso. No lado do processo, as instituições dando autoridade final sobre essas matérias a juízes deixam de oferecer qualquer tipo de resposta adequada à demanda de equidade do cidadão comum baseada no princípio, não só no valor, de igualdade política. Essa falta de resposta poderia ser tolerável se houvesse um argumento relacionado ao resultado convincente para a tomada de decisão judicial. Os defensores da revisão judicial fazem de conta que há. No entanto, como vimos anteriormente, essa é só uma asserção sem fundamento.

Talvez cientes de tudo isso, os defensores da revisão judicial fizeram uma série de tentativas desesperadas para reconciliar sua instituição preferida e valores democráticos. Eu as considerarei rapidamente, porque elas não têm muita substância.

Em primeiro lugar, os defensores da revisão judicial alegam que os juízes não tomam as suas próprias decisões sobre direitos; eles simplesmente impõem decisões do povo que foram incorporadas em uma Carta de Direitos, que tem em si mesma credenciais democráticas, seja como legislação ou como parte da constituição. Essa alegação não mina a posição central contrária à revisão judicial. Estamos pressupondo que a Carta de Direitos não resolve as divergências que existem na sociedade sobre direitos individuais e de minorias. Ela os embasa, mas

...

122 O teorema de Condorcet estabelece que quanto maior o grupo votante, maior o incremento da competência do grupo acima da competência do votante individual médio. Evidentemente, o resultado pressupõe que a competência individual média é maior que 50%. Para uma discussão das dúvidas de Condorcet sobre a aplicação dessa última condição, cf.: WALDRON, Jeremy. Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited. *The American Political Science Review*, v. 83, n. 4, p. 1317-1340, 1989. p. 1322.

não os resolve. No máximo, os termos abstratos da Carta de Direitos são espaços selecionados pela população para disputas sobre essas questões. A questão que estivemos considerando é a de definir quem deve resolver as questões debatidas nesses espaços.

Em segundo lugar, e basicamente na mesma linha de argumento, os defensores da revisão judicial alegam que os juízes estão simplesmente impondo os pré-compromissos da própria sociedade com os direitos. A sociedade amarrou a si mesma ao mastro de certos princípios de direito, e, como os companheiros de embarcação de Ulisses, os juízes estão só garantindo que as cordas permanecem amarradas. Essa analogia habitual tem sido completamente desacreditada pela literatura.¹²³ Resumidamente, a resposta é a de que a sociedade não se comprometeu com qualquer visão particular sobre o que um determinado direito implica, então, quando cidadãos discordam sobre isso, não é claro por que o ato de dar aos juízes o poder de decidir deveria ser compreendido como a preservação de um pré-compromisso. Se alguém, ainda assim, insiste que a sociedade se comprometeu com uma visão particular sobre o direito questionado (e que os juízes, ao votar entre eles mesmos, de alguma forma asseguram esse pré-compromisso), não é claro por que o pré-compromisso existente deve ser mantido quando um entendimento alternativo do direito está em questão. O modelo de Ulisses funciona somente quando o pré-compromisso protege contra diversas aberrações, não quando ele protege contra mudanças de opinião em relação a uma divergência genuína sobre o que constitui um resultado razoável.¹²⁴

Em terceiro lugar, os defensores da revisão judicial alegam que se legisladores discordam da decisão judicial sobre direitos, eles podem fazer campanha pela emenda à Carta de Direitos para explicitamente substituí-la. A incapacidade de os legisladores fazerem isso equivale, tacitamente, a um endosso democrático. Esse argumento é falho porque não defende o parâmetro que a tomada de decisão judicial estabelece. Emendar uma Carta de Direitos tipicamente envolve uma supermaioria; ou, se é uma lei no estilo britânico ou neozelandês, ela terá credenciais na cultura política que aumentam o que está em jogo e ampliam o ônus associado ao esforço de emenda. Se nossa cidadã insatisfeita C_n perguntar por que as cartas devem estar dispostas dessa maneira, a única resposta que podemos dar a ela remete de volta à decisão judicial. E isso já se mostrou insuficiente.

Em quarto lugar, os defensores da revisão judicial insistem que juízes têm, sim, credenciais democráticas: eles foram nomeados e confirmados por oficiais eleitos, e o tipo de nomeações

• • •

¹²³ Cf. ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2000. p. 88-96 (joga dúvida sobre alguns argumentos feitos em: ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1984. p. 93); cf. também: WALDRON, nota 14 *supra*, p. 255-281.

¹²⁴ Cf. WALDRON, nota 14 *supra*, p. 266-270.

judiciais que um candidato a cargos políticos é propenso a fazer hoje tem um papel importante na campanha eleitoral daquele candidato.¹²⁵ Isso é verdade, mas (como eu já destaquei) essa questão é comparativa e essas credenciais não são remotamente competitivas com as credenciais democráticas dos legisladores eleitos. Além disso, na medida em que nós aceitamos os juízes por conta de suas credenciais democráticas, minamos o argumento afirmativo que é feito em favor da revisão judicial como uma forma distintamente valiosa de tomada de decisão política.

Finalmente, em quinto lugar, os defensores da revisão judicial alegam que a prática pode ser justificada como um modo adicional de acesso a contribuições dos cidadãos no sistema político. Às vezes, os cidadãos acessam o sistema como eleitores, às vezes como lobistas, às vezes como litigantes. Eles dizem que nós deveríamos avaliar a legitimidade do pacote completo dos vários modos de acesso dos cidadãos, não só as credenciais democráticas desse componente particular. Esse argumento é justo, em alguma medida, mas embutir a revisão judicial em um conjunto mais amplo de modos de participação do cidadão não altera o fato de que esse é um modo de envolvimento de cidadãos que não é regulamentado pelos princípios da igualdade normalmente considerados cruciais para a democracia. As pessoas tendem a recorrer à revisão judicial quando elas querem dar um peso maior às suas opiniões do que a política eleitoral daria. Talvez esse modo de acesso possa parecer respeitável quando outros canais de mudança política estão bloqueados.¹²⁶ Discutiremos esse ponto na seção VII. Entretanto, as atitudes que a revisão judicial expressa em relação a seus concidadãos não são respeitáveis para o argumento central que estamos considerando, na qual a legislatura e os arranjos eleitorais funcionam razoavelmente bem no que diz respeito aos valores democráticos envolvidos.

VI. A TIRANIA DA MAIORIA

Quero dar aos defensores da revisão judicial – nos casos centrais – uma última tentativa. A preocupação mais comumente expressa sobre o trabalho de uma legislatura democrática é a de que, pelo fato de se organizarem sobre uma base majoritária, procedimentos legislativos

...

¹²⁵ EISGRUBER, nota 13 *supra*, p. 4 (“Embora os ministros não sejam escolhidos por eleição direta, eles ainda são selecionados por meio de um processo que é tanto político quanto democrático [...] [E]les são escolhidos por autoridades eleitas: são nomeados pelo presidente e confirmados pelo Senado [...] Os ministros têm [...] um pedigree democrático: eles devem sua nomeação a suas opiniões políticas e suas conexões políticas tanto quanto a [...] suas habilidades jurídicas”).

¹²⁶ Cf. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press, 1980.

podem se transformar em “tirania da maioria”. Esse medo é tão difundido, esse é um elemento tão familiar em nossa cultura política, utilizamos com tanta facilidade a expressão “tirania da maioria”,¹²⁷ que a necessidade de limitações controladas judicialmente para as decisões legislativas se tornou mais ou menos axiomática. Que outra segurança as minorias têm contra a tirania da maioria?

Acredito que esse argumento habitual tem sérias imprecisões. Admitamos, por enquanto, que tirania é o que ocorre a alguém quando seus direitos são negados. A primeira coisa a se reconhecer é que, de acordo com essa definição, a tirania quase sempre estará em pauta em qualquer divergência sobre direitos. Em qualquer divergência sobre direitos, o lado favorável ao entendimento mais abrangente de um determinado direito (ou o lado que reivindica o reconhecimento do direito que o outro lado nega) pensará que a posição do lado oposto é potencialmente tirânica. Por exemplo, os fumantes de peiote considerarão que é tirânica a sujeição de seus sacramentos às leis de drogas normalmente aplicáveis. Os oponentes de leis de financiamento de campanha considerarão que essas leis são tirânicas. Todavia, é uma questão aberta se eles estão certos ou não. Algumas dessas alegações sobre tirania são, sem dúvida, corretas, mas elas não se tornam corretas simplesmente porque são alegadas. De fato, em alguns casos, haverá alegações de tirania nos dois lados de uma controvérsia sobre direitos. Defensores do direito ao aborto pensam que a posição pró-vida seria tirânica em relação às mulheres; mas os partidários do pró-vida pensam que a posição pró-escolha é tirânica em relação a outra classe de pessoas (fetos são pessoas, sob a perspectiva deles). Alguns pensam que ações afirmativas são tirânicas; outros pensam que deixar de implementar programas de ação afirmativa é tirânico. E assim por diante.

Concedamos o que nós reconhecemos na seção III, em nossa discussão sobre o paradoxo de Wollheim. As instituições democráticas irão, às vezes, chegar a decisões incorretas sobre direitos e implementá-las. Isso significa que elas, às vezes, agirão tiranicamente. Contudo, isso se aplica a qualquer processo de decisão. As cortes também às vezes agirão tiranicamente.¹²⁸

127 A única crítica de Mill a *A democracia na América* de Tocqueville foi a de que o efeito político provável da popularização da expressão “a tirania da maioria” seria dar a forças conservadoras retórica adicional com a qual se opor a legislação progressista. Cf. MILL, John Stuart. M. De Tocqueville on Democracy in America, *Edinburgh Review*, out. 1840, reimpresso em *2 Dissertations and Discussions: Political, Philosophical, and Historical* 1. Nova York: Haskell House, 1973 [1859]. p. 79-81 (Foto reimpressão).

128 Eu não estou me referindo a seus pecados de omissão (não conseguir nos proteger contra certos abusos de direitos pelo Legislativo). Para exemplo como esses, cf. nota 82 *supra*. Aqui, estou me referindo a seus pecados de comissão: às vezes, o poder de revisão judicial será exercido tiranicamente para prevenir que legislaturas concedam ao povo (o que são de fato) seus direitos. Para consultar alguns exemplos, cf. nota 4 *supra* e o texto que é acompanhado por ela.

A tirania, na definição que estamos usando, é quase inevitável. É só uma questão de quanta tirania é provável que haja, o que foi objeto de nossa discussão na seção IV.

A tirania de uma decisão política é agravada pelo fato de que ela foi imposta por uma maioria? Eu deixo de lado a observação pedante de que uma corte pode também obter sua decisão por votação majoritária. A tirania por uma maioria popular (por exemplo, uma maioria dos representantes eleitos, cada um apoiado por uma maioria de sua base eleitoral) é uma forma particularmente flagrante de tirania? Eu não vejo como poderia ser. Ou nós dizemos que a tirania é tirania independentemente de como (e entre quem) a decisão tirânica é tomada, ou nós dizemos – e esse é o meu ponto de vista – que, na verdade, o aspecto majoritário mitiga a tirania, porque indica que houve ao menos um elemento não tirânico na decisão: ela não foi feita de uma forma que tiranicamente exclui certas pessoas de participarem como iguais.

Isso pode fazer crer que não estou levando o problema a sério, então me permitam enfrentar a questão de maneira menos provocativa. A preocupação mais comumente expressa sobre a autoridade legislativa irrestrita é a de que minorias ou indivíduos podem sofrer opressão em relação à maioria. Eles podem ser oprimidos, ou discriminados, ou ter seus direitos negados e violados, se comparados àqueles da maioria, ou eles podem ter seus interesses indevidamente subordinados àqueles dos membros da maioria (por exemplo, prejudicados ou negligenciados de uma forma injusta). Ao descrever essas formas de tirania, opressão ou injustiça, nós usamos os termos “maioria” e “minorias”. Contudo, nesse contexto específico, eles não são necessariamente termos relacionados aos processos de decisão políticos. Permitam-me explicar.

Injustiça é o que ocorre quando os direitos ou interesses da minoria são erroneamente subordinados àqueles da maioria. Pois bem, nós admitimos que isso possa acontecer como resultado da tomada de decisão política majoritária. Quando isso ocorre, entretanto, nós precisamos distinguir, ao menos em um primeiro momento, entre a maioria e a minoria “decisórias” e o que chamarei de maioria e minoria “tópicas”¹²⁹ – isto é, os grupos majoritários e minoritários cujos direitos estão em jogo na decisão. Em alguns casos, a filiação à maioria decisória pode ser a mesma que a filiação à maioria tópica e a filiação à minoria decisória –

• • •

129 Uso “tópica” porque seus direitos e interesses são o tópico da decisão. O termo “minorias tópicas” é impreciso, e é provável que sempre haja disputa sobre quem ele engloba (e isso também é válido para “maiorias tópicas”). Mas a imprecisão não é um problema. Mesmo imprecisamente definido, a distinção entre minorias tópicas e decisórias nos permitem ver que nem todos que votam em favor do lado perdedor de uma questão de direitos deveria ser considerada como membro de um grupo cujos direitos foram adversamente afetados pela decisão. Cf. WALDRON, nota 14 *supra*, p. 13-14; WALDRON, Precommitment and Disagreement, nota 19 *supra*; WALDRON, Rights and Majorities, nota 19 *supra*, p. 64-66.

aqueles que votaram contra a injustiça – pode ser a mesma que a filiação à minoria tópica. Isso é frequentemente verdade no caso da injustiça racial, por exemplo: legisladores brancos (maioria decisória) votam em favor do privilégio branco (maioria tópica); legisladores negros perdem o embate em favor de direitos iguais para os negros. Esses são os casos, eu entendo, com os quais nós deveríamos estar particularmente preocupados sob o título de “a tirania da maioria”.

Tendo essa distinção em mente, retornemos aos casos de divergências sobre direitos. Suponha que exista divergência em uma sociedade sobre quais são os direitos de uma minoria tópica. Pressupondo que essa divergência tenha de ser resolvida, a sociedade terá de deliberar sobre ela e aplicar seus procedimentos decisórios para a questão. Suponha que a sociedade use o DM para resolver essa questão e que eu participe dessa tomada de decisão, usando o meu voto, e o lado em favor do qual eu voto perde. Sou, portanto, um membro da minoria decisória nessa questão. Porém, até aqui, não foi demonstrado que qualquer coisa tirânica tenha ocorrido comigo. Para demonstrar isso, nós teríamos de demonstrar dois elementos adicionais: (1) que a decisão realmente foi errada e tirânica em suas implicações para os direitos daqueles afetados; e (2) que fui um membro da minoria tópica cujos direitos foram adversamente afetados por essa decisão errada.

O ponto a ser aqui destacado é o de que nada tirânico acontece comigo meramente em virtude do fato de que a minha opinião não foi adotada pela comunidade da qual eu sou membro. Desde que a opinião adotada leve adequadamente em consideração meus interesses junto aos de todos os demais, o fato de que minha opinião não tenha prevalecido não é em si mesmo uma ameaça aos meus direitos, à minha liberdade, nem ao meu bem-estar. Nada disso muda necessariamente se eu também sou um membro da minoria tópica cujos direitos estão em pauta. As pessoas – incluindo os membros de minorias tópicas – não têm, necessariamente, os direitos que elas pensam ter. Elas podem estar erradas sobre os direitos que pensam que têm; a maioria pode estar certa. Discursos responsáveis sobre “tirania da maioria” terão esses elementos analíticos em mente.

Para resumir, a tirania da maioria é possível, mas o termo não deveria ser utilizado simplesmente para marcar a divergência do orador com o resultado de uma decisão majoritária. A maneira mais frutífera de caracterizar a tirania da maioria é dizer que ela acontece quando minorias tópicas se alinham com minorias decisórias. Na seção VII, considerarei a aplicação disso ao que é chamado de “minorias específicas e insulares”.¹³⁰ Por ora, no entanto, podemos notar que esse tipo de alinhamento é exatamente o que nós não deveríamos esperar entre os pressupostos centrais que estamos considerando. O pressuposto três é o de que a maioria das

...

¹³⁰ Cf. o texto *infra* que é acompanhado pelas notas 137 a 141.

peças, e, portanto, a maioria dos membros de qualquer maioria decisória, importa-se com direitos tanto quanto os membros de uma determinada minoria decisória. E nosso quarto pressuposto, sobre divergências, era o de que as divergências não são frequentemente movidas por interesses egoístas. A divergência é suficientemente explicada pela complexidade e dificuldade das próprias controvérsias. O que Rawls chamava de “ônus da decisão”¹³¹ argumenta precisamente contra o tipo de alinhamento entre opinião e interesses que, como nós acabamos de ver, discursos responsáveis sobre a tirania da maioria devem pressupor.

A conclusão não é, no entanto, a de que tirania da maioria é algo com a qual nós não precisamos nos preocupar. Na realidade, a conclusão é de que a tirania da maioria – se esse termo estiver sendo utilizado de forma responsável – é uma característica de casos não centrais, nos quais pessoas se preocupam pouco com os direitos de minorias e com direitos individuais além dos seus próprios. Não quero negar que isso aconteça, mas entendo ser importante enfatizar a sua incompatibilidade com meu terceiro pressuposto e não tentar tratar de uma sociedade que é *simultaneamente* comprometida com direitos e na qual a tirania da maioria é, ainda assim, uma possibilidade endêmica.

As distinções feitas nesta seção podem nos ajudar a lidar com dois outros argumentos sobre revisão judicial. Primeiro, Ronald Dworkin argumenta em *O direito da liberdade* que a tomada de decisão democrática é intrinsecamente tirânica se os direitos das pessoas não são respeitados. Isso é assim não só porque pode gerar resultados tirânicos, ele argumenta, mas porque o respeito aos direitos é uma condição antecedente para a legitimidade de qualquer sistema de tomada de decisão política. Dworkin não está só apresentando o argumento bem conhecido de que a democracia depende (constitutivamente) de certos direitos, como o direito ao voto ou, indiretamente, o direito à liberdade de expressão ou liberdade de associação. O seu argumento é mais sofisticado que isso. Ele sustenta que processos como o DM não têm legitimidade alguma em um contexto democrático (ou em qualquer contexto) a não ser que a cada votante seja assegurado que os outros já o consideram com igual consideração e respeito. Um bando de terroristas decidindo meu destino por decisão majoritária (mesmo um processo de DM no qual eu tenho um voto) não tem legitimidade alguma, porque essa condição antecedente não é cumprida. Em geral, argumenta Dworkin, dificilmente se pode esperar que uma pessoa aceite decisões majoritárias como legítimas se ela sabe que outros membros da comunidade não levam seus interesses a sério ou se as instituições estabelecidas da comunidade evidenciam desprezo ou indiferença a ela ou a pessoas do mesmo grupo.¹³²

• • •

131 RAWLS, *Political Liberalism*, nota 53 *supra*, p. 54-58.

132 DWORKIN, nota 10 *supra*, p. 25.

Dworkin acredita que isso refuta a objeção democrática à revisão judicial.¹³³ Suponha que um diploma legislativo seja promulgado por uma assembleia eleita e então contestado por um cidadão sob o argumento de que o diploma mina o direito D, um direito que é uma condição para a legitimidade democrática. Imaginamos que outros discordarão, alguns porque acreditam que D não é uma condição para a democracia, outros porque entendem D de uma forma bastante diferente. E suponha que a questão seja levada a uma corte para decisão final, e a corte anule a lei, aceitando a contestação do cidadão. Há ali uma perda para a democracia? A resposta, diz Dworkin, depende inteiramente de se a corte tomou a decisão correta. Se ela tomou – isto é, se a lei realmente era incompatível com os direitos requeridos como condições para aplicação legítima do DM – então a democracia é certamente aprimorada pelo que a corte fez, porque a comunidade é agora mais democraticamente legítima do que seria se fosse permitida a manutenção da lei.¹³⁴

Existem muitas coisas erradas com esse argumento e já indiquei algumas delas em outros lugares.¹³⁵ Para começar, Dworkin parece estar sugerindo que se uma decisão política é *sobre* democracia, então não há qualquer questionamento interessante a ser levantado sobre o processo institucional por meio do qual a decisão foi tomada. Isso me parece errado. Se uma decisão sobre o processo majoritário (ou sobre as condições de sua legitimidade) foi tomada usando algum procedimento que, por exemplo, impediu a participação de mulheres, objeções àquele procedimento que fossem baseadas na igualdade não seriam desconsideradas simplesmente porque a legitimidade do processo majoritário era efetivamente o assunto pautado. Nós nos preocupamos com os valores do processo mesmo quando o processo é o que está em jogo em nossa divergência.

No entanto, a objeção mais significativa é a seguinte. Aceitemos a premissa de Dworkin – de que procedimentos democráticos são legítimos apenas entre pessoas que respeitam os direitos uns dos outros. Isso pode ser lido de duas maneiras: (1) procedimentos democráticos são legítimos somente entre pessoas que mantêm e agem segundo uma visão correta dos direitos uns dos outros; ou (2) procedimentos democráticos são legítimos somente entre pessoas que levam os direitos uns dos outros a sério e que se esforçam ao máximo e de boa-fé

...

133 Dworkin teve o cuidado de ressaltar que isso não é um argumento favorável à revisão judicial. *Idem*, p. 7 (“A democracia não insiste que juízes tenham a última palavra, mas também não insiste que eles não devam tê-la.”)

134 *Idem*, p. 32-33 (“[S]e pressupusermos que a decisão da corte foi errada, então nada disso é verdade. Certamente a democracia é comprometida quando uma corte autoritativa toma a decisão errada sobre o que as decisões democráticas requerem – mas não mais do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão errada que é mantida. A possibilidade de erro é simétrica”).

135 Para uma resposta completa, cf. WALDRON, nota 14 *supra*, p. 282-312.

para entender o que são esses direitos. A primeira leitura é forte demais; nenhum sistema político imaginável a satisfaz. E não observo qualquer objeção à segunda leitura da premissa do Dworkin. Porém, se nós a lermos dessa maneira, então a premissa do Dworkin é satisfeita pelo tipo de sociedade que nós estamos considerando neste ensaio. Mesmo se as pessoas discordarem sobre direitos, elas podem levar os direitos uns dos outros a sério. As maiorias decisórias podem prevalecer. Às vezes, elas estarão certas sobre direitos e, às vezes, estarão erradas, mas isso é algo que elas têm em comum com todos os sistemas de tomada de decisão e isso, por si só, não mina a sua legitimidade, enquanto as minorias tópicas tiverem garantias de que a maioria dos seus concidadãos leva a questão de seus direitos a sério.

Em segundo lugar, podemos também utilizar as distinções desenvolvidas nesta seção para ajudar a lidar com a alegação de que a tomada de uma decisão legislativa irrecorrível sobre direitos faz com que a maioria seja o juiz de seu próprio caso. Aqueles que invocam a máxima *nemo iudex in sua causa* nesse contexto dizem que ela requer que a decisão final sobre direitos não fique nas mãos do povo. Pelo contrário, ela deveria ser atribuída a uma instituição independente e imparcial, como uma corte.

É difícil ver a força desse argumento. Quase qualquer regra de decisão concebível eventualmente envolverá alguém decidindo seu próprio caso. A não ser que nós imaginemos uma corrente de recursos literalmente interminável, haverá sempre alguma pessoa ou instituição cuja decisão é final. E, dessa pessoa ou instituição, nós poderemos sempre dizer que, porque ela tem a última palavra, seus membros estarão *ipso facto* julgando a aceitabilidade de seu próprio ponto de vista. Invocações superficiais de *nemo iudex in sua causa* não são desculpa para esquecer a lógica elementar da legitimidade: as pessoas discordam e existe a necessidade de uma decisão final e de um procedimento decisório final.

O que esse segundo argumento em favor da necessidade de revisão judicial pode significar é que os membros da maioria tópica – isto é, a maioria cujos direitos e interesses estão em pauta – não devem ser aqueles cujos votos serão decisivos para se determinar se aqueles direitos e interesses devem permanecer predominantes. E existem motivos legítimos para preocupação quando as maiorias tópicas se alinham às maiorias decisórias. (Se esse alinhamento é endêmico, então penso que estamos lidando com um caso não central, por razões que explicarei na seção VII.) Entretanto, é surpreendente o quão raramente isso acontece, incluindo o quão raramente isso acontece nos tipos de casos com os quais a revisão judicial normalmente lida nos Estados Unidos. Pense nos dois exemplos que mencionei anteriormente: aborto e ações afirmativas. Em nenhum caso há o tipo de alinhamento que pode ser preocupante. Muitas mulheres apoiam o direito ao aborto, assim como muitos homens; e muitas mulheres se opõem a ele. Muitos afro-americanos apoiam ações afirmativas, assim como muitos membros da maioria branca; e muitos afro-americanos se opõem às ações afirmativas. Isso é o que nós deveríamos esperar em uma sociedade em que os nossos terceiro e quarto pressupostos, apresentados na seção II, são satisfeitos. Espera-se que pessoas que levam direitos a sério discordem sobre eles; e é um sinal de que elas levam os direitos a sério o fato

de que essas divergências serão relativamente independentes dos interesses pessoais que os indivíduos terão na matéria.

VII. CASOS NÃO CENTRAIS

Os argumentos que apresentei até agora são baseados em quatro pressupostos bastante exigentes. O que acontece com esses argumentos quando esses pressupostos inexistem ou no caso de sociedades nas quais esses pressupostos não se sustentam? Tenho em mente principalmente meu primeiro pressuposto, o de que uma sociedade tenha instituições democráticas e legislativas funcionando razoavelmente bem no que se refere à igualdade política, e o meu terceiro pressuposto, o de que os membros da sociedade que estamos considerando são, em sua maioria, comprometidos com a ideia de direitos individuais e de minorias. Acredito que, para muitas pessoas, a posição favorável à revisão judicial se baseie na recusa a aceitar esses pressupostos. A revisão judicial é, em parte, uma resposta às aparentes falhas das instituições democráticas, ou é em parte uma resposta ao fato de que muitas pessoas não levam direitos suficientemente a sério (então eles precisam de uma corte que faça isso por elas). Em suma, os apoiadores da prática dirão que precisamos de revisão judicial de legislação no mundo real, não no mundo ideal definido por meus pressupostos.

Diversas coisas precisam ser ditas em resposta a isso, antes de passarmos para algumas questões específicas sobre casos não centrais. Primeiro, os pressupostos sob os quais eu tenho procedido não são irrealistas. O pressuposto três, por exemplo – um compromisso geral com direitos em uma sociedade – é muito facilmente satisfeito, dado que a posição favorável à revisão judicial quase sempre pressupõe que, de alguma forma, a sociedade para a qual a revisão judicial é concebida tem uma Carta de Direitos que guarda alguma relação com os pontos de vista dos cidadãos. O primeiro pressuposto foi sobre arranjos eleitorais e legislativos funcionarem razoavelmente bem, tendo em mente que mesmo em nome da igualdade política nós não podemos demandar perfeição. Além disso, na seção V, quando tratei da legitimidade de legislaturas e cortes, enfatizei novamente que meu argumento não dependia da existência de uma resposta perfeita à demanda de cidadãos individuais por voz e participação. A posição em favor da legitimidade da tomada de decisões legislativa não depende de qualquer pressuposto sobre a perfeição utópica de instituições legislativas, nem da incorporação perfeita do princípio de igualdade política em seus aspectos eletivos e procedimentais. Ela depende dessas instituições serem explicitamente orientadas a esse princípio, organizadas de uma forma que seja desenhada para satisfazer esse princípio, e de que façam um esforço razoável para satisfazê-lo. Finalmente, preocupei-me em citar deliberações reais de uma legislatura real – a Câmara dos Comuns sobre a *Medical Termination of Pregnancy Bill 1966* – como um exemplo de como legislaturas podem funcionar, não me baseei em uma conjectura filosófica apriorística.

Dito tudo isso, nós ainda precisamos perguntar: o que acontece com o argumento contrário à revisão judicial se esses pressupostos falharem?

Nos casos em que os pressupostos falham, o argumento contrário à revisão judicial apresentado neste ensaio não se sustenta. Como enfatizei na seção II, meu argumento é um argumento condicional.¹³⁶ No entanto, não decorre daí que a revisão judicial de legislação seja defensável sempre que os pressupostos falharem. Podem existir outros bons argumentos contrários à revisão judicial que não dependam de pressupostos como os meus. Ou pode acontecer que a revisão judicial não ofereça nenhuma esperança para melhorar uma situação específica. Pode não ser apropriado estabelecer a revisão judicial de legislação se a tomada de decisão judicial em uma sociedade não é menos corrupta, nem menos preconceituosa, que a tomada de decisão legislativa. Os argumentos que nós analisamos para a posição central foram em grande parte comparativos, e essa lógica se aplica também aos casos não centrais.

Suponha que estejamos lidando com um caso que é não central em virtude do fracasso do meu primeiro pressuposto: nesse caso, legislaturas são inadequadamente representativas ou deliberativas, o sistema de eleições está comprometido, e os procedimentos utilizados pelo Legislativo não detêm qualquer relação crível com a legitimidade política. Dois questionamentos então emergem: (1) é possível melhorar a situação, no que se refere à legislatura?; (2) deveria um poder último de decisão em questões importantes de direitos ser conferido às cortes, pressupondo que as cortes lidariam melhor com tais questões? As perguntas são independentes, já que nós podemos razoavelmente pensar que algumas questões de direitos são urgentes demais para esperar o surgimento de uma legislatura mais responsável e representativa, mas elas não são totalmente independentes. Conferir o poder último de decisão às cortes pode tornar mais difícil melhorar a legislatura ou mais difícil desenvolver o *ethos* legislativo suposto pelo primeiro e, talvez, também pelo terceiro pressuposto. Eu ouvi especulações nesse sentido sobre os Estados Unidos: a ideia é a de que as legislaturas americanas, em particular as legislaturas estaduais, operam irresponsavelmente e de uma forma que deixa de levar direitos a sério porque a informação de que as cortes estão lá como *backup* torna mais difícil desenvolver uma cultura responsável entre legisladores. O quão longe isso está da verdade eu não sei. É certamente válido refletir sobre isso.

Quero terminar discutindo uma forma bem conhecida pela qual meu primeiro pressuposto pode parecer falhar. Tenho em mente a sugestão do Ministro Stone na famosa nota de rodapé quatro do caso *Carolene Products*: “O preconceito contra minorias específicas e insulares pode ser uma condição especial, que tende seriamente a limitar a operação daqueles processos políticos em que normalmente confiaríamos para proteger as minorias [...]”.¹³⁷

...

¹³⁶ Cf. o texto *supra* que é acompanhado pela nota 43. Para um exemplo do fracasso do argumento, cf. WALDRON, nota 47 *supra*.

¹³⁷ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 n. 4, 1938; cf. também: WHITTINGTON, Keith E. An “Indispensable Feature”? Constitutionalism and Judicial Review. *New York University Journal of*

Isso me parece ser uma maneira excelente de caracterizar o tipo de casos não centrais nos quais o argumento favorável à revisão judicial de decisões legislativas tem alguma plausibilidade. As minorias nessa situação podem precisar de cuidado especial que apenas instituições não eletivas podem providenciar – cuidado especial para proteger os seus direitos e cuidado especial (como John Hart Ely aponta) para reparar o sistema político e facilitar a sua representação.¹³⁸

Temos, no entanto, de ser cautelosos em relação a esse argumento. Decorre do que eu mencionei na seção VI que nem toda minoria merece esse tratamento especial: certamente não toda minoria decisória e nem mesmo toda minoria tópica.¹³⁹ Não há razão para supor nem mesmo que toda minoria crônica mereça esse tratamento especial, certamente não minorias decisórias crônicas – bolcheviques nos Estados Unidos, por exemplo.

Muito frequentemente a frase “específica e insular” é usada sem reflexão. Nem toda minoria distinta e identificável é específica e insular. Não há nada mágico sobre a linguagem do juiz Stone, mas, se utilizados com atenção, “específica” e “insular” são adjetivos úteis, pois eles transmitem não só a ideia de uma minoria que existe fora da tomada de decisão política – em outras palavras, uma minoria tópica – mas também uma minoria cujos membros são isolados do resto da comunidade no sentido de que eles não compartilham muitos interesses com os não membros, o que lhes permitiriam construir uma série de coalizões para promover seus interesses. O alinhamento de minorias decisórias e tópicas sobre o qual nós alertamos na seção VI é um bom exemplo da “insularidade” nesse sentido. E esse é um motivo para se preocupar.

E o outro critério mencionado pelo Ministro Stone – de que a minoria é vítima de preconceito? O preconceito generalizado é certamente incompatível com meus terceiro e quarto pressupostos; ele conota indiferença ou hostilidade aos direitos dos membros do grupo e pode levar membros da maioria a divergirem, de forma não razoável, da avaliação dos membros da minoria sobre os direitos destes. No entanto, o termo “preconceito” pode ser estreito demais e suas conotações podem deixar de capturar a profundidade da antipatia enraizada e inconsciente entre um grupo e outro.¹⁴⁰ A questão não é insistir em nenhum modo particular

...

Legislation and Public Policy, v. 61, p. 21-33, 2002. p. 31 (aponta que a minha negligência quanto a essa ideia em *Law and Disagreement* é “surpreendente sob a perspectiva da teoria constitucional americana”).

¹³⁸ ELY, nota 126 *supra*, p. 135-179.

¹³⁹ TUSHNET, nota 11 *supra*, p. 159 (“Toda lei se sobrepõe às opiniões da minoria que perde [...] Nós temos de distinguir *meros* perdedores de minorias que perdem porque elas não podem proteger a si mesmas na política.”)

¹⁴⁰ Cf. LAWRENCE III, Charles R. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 2, p. 317-388, 1987. Sou grato a Ian Haney-Lopez por enfatizar essa questão.

de antipatia, mas distinguir entre os vários modos e o fenômeno da discordância razoável sobre direitos.¹⁴¹

Nesses casos, o argumento central contrário à revisão judicial que delineei não se mantém. Contudo, novamente, isso não é a mesma coisa que dizer que um argumento foi feito em favor da revisão judicial. Tudo depende de se maiorias judiciais são infectadas com o mesmo preconceito que as maiorias legislativas. Se elas são, então o caso pode não ser só não central, mas um caso perdido. Uma prática de revisão judicial não pode fazer nada em favor dos direitos da minoria se não há apoio algum na sociedade aos direitos da minoria. O argumento positivo que é frequentemente feito em favor da revisão judicial nessas circunstâncias pressupõe que haja algum respeito aos direitos da minoria em questão fora dos próprios membros do grupo, mas que ele está em grande parte restrito às elites políticas. A ideia é a de que a maioria dos cidadãos comuns não compartilha dessa simpatia. Já os membros da elite que a compartilham – eu os chamarei de simpatizantes da elite – podem estar no Legislativo ou no Judiciário. O argumento favorável a dar a autoridade última aos juízes é o de que os simpatizantes da elite no Judiciário são mais capazes de se proteger que os simpatizantes da elite em um Legislativo eleito quando eles concedem direitos aos membros de uma minoria impopular. Eles são menos vulneráveis à indignação popular e não precisam se preocupar com retaliação. Eles têm, portanto, maior probabilidade de proteger a minoria.

Perceba como esse argumento favorável à revisão judicial depende de um pressuposto específico sobre a distribuição de apoio aos direitos das minorias. É pressuposto que a simpatia é mais forte entre as elites políticas. Se isso é falso – se a simpatia é mais forte entre a população comum – então não há razão para aceitar o argumento do parágrafo anterior. Ao contrário, as instituições representativas podem ser melhores para proteger os direitos das minorias porque os arranjos eleitorais providenciarão um caminho de direcionamento à legislatura do apoio popular aos direitos das minorias, enquanto não há canais como esse em relação ao Judiciário. Sem dúvida, a distribuição de apoio aos direitos das minorias varia de caso a caso, mas acho curioso que a maioria dos defensores da revisão judicial, quando eles pressupõem que haverá algum apoio favorável aos direitos das minorias na sociedade, estão convencidos de que, em todos os casos, se esse apoio puder ser encontrado em algum lugar, ele será encontrado entre as elites. Eles defenderão isso como uma alegação empírica,

...

141 É importante também distinguir entre preconceitos e pontos de vista defendidos enfaticamente sob bases religiosas ou éticas. Nós não deveríamos considerar as opiniões de partidários do pró-vida como preconceitos simplesmente porque nós não compartilhamos as convicções religiosas que as apoiam. Quase todas as opiniões sobre direitos – incluindo opiniões pró-escolha – são profundamente pensadas e apoiam-se em uma análise final de convicções de valor firmes e arraigadas.

mas eu devo dizer que isso é inteiramente condizente com preconceitos antigos sobre a tomada de decisão democrática.

Outro fator a ser levado em consideração é se uma prática estabelecida de revisão judicial tornará mais fácil ou mais difícil, a longo prazo, a remediação das disfunções eletivas e legislativas que estamos imaginando aqui. Em algumas circunstâncias, as minorias específicas e insulares podem se beneficiar de intervenção judicial para proteger os seus direitos. Todavia, institucionalmente, a solicitude judicial pode tornar as coisas piores, ou deixar de torná-las muito melhores. Como os Estados Unidos percebeu nas décadas de 1950 e 1960, apesar de toda a empolgação com os ataques judiciais à segregação em *Brown* e em outros casos, o que foi necessário no final foi uma forte intervenção legislativa (na forma do *Civil Rights Act*), e acabou por se perceber que a principal diferença não era entre cortes e legislaturas *per se*, mas entre instituições federais e instituições estaduais, com a legislatura federal desempenhando, ao final, um papel decisivo.

Acima de tudo, nós não devemos ler a nota de rodapé do *Carolene Products* ou qualquer doutrina similar como uma forma de “alavancar” a criação de uma prática mais geral de revisão judicial.¹⁴² O problema das minorias específicas e insulares não deve ser visto como um tipo de Cavalo de Troia favorável à revisão judicial ou como uma base para problematizar os argumentos contrários a ela. O objetivo de refletir sobre esses casos não é o de defender a revisão judicial, mas, sim, o de fazer aquilo que melhor garante os direitos da minoria afetada. Nós deveríamos mirar diretamente nisso, conscientes do fato de que não há argumento geral convincente em favor da revisão judicial para que pudéssemos tratá-la como um tipo de vanguarda ideológica.

CONCLUSÃO

Não busquei demonstrar que a prática de revisão judicial de legislação é inapropriada em todas as circunstâncias. Na realidade, tentei demonstrar o porquê de a revisão judicial baseada em direitos ser inapropriada para sociedades razoavelmente democráticas cujo principal problema não é o de ter instituições legislativas disfuncionais, mas de haver discordância entre seus membros sobre direitos.

Divergências sobre direitos não são irrazoáveis, e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda assim estarem levando direitos a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam adotar procedimentos para resolução das divergências, procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – em seus milhões – cujos direitos estão em jogo nessas divergências;

• • •

¹⁴² Cf. TUSHNET, nota 11 *supra*, p. 158-163, para uma boa discussão geral sobre os limites da utilidade dessa linha de raciocínio para defender a revisão judicial.

procedimentos que as tratem como iguais no processo. Ao mesmo tempo, elas precisam garantir que esses procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões árduas e complexas que as divergências sobre direitos suscitam. Os procedimentos legislativos ordinários conseguem fazer isso, eu argumentei, e uma camada adicional de revisão final pelas cortes acrescenta pouco ao processo, a não ser a adição de uma forma um tanto quanto insultante de marginalização eleitoral e de obscurecimento legalista das questões morais em jogo em nossas divergências sobre direitos.

Talvez existam circunstâncias – patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico – nas quais esses custos de obscurecimento e marginalização possam ser temporariamente aceitos. No entanto, os defensores da revisão judicial devem começar a fazer suas alegações sobre a prática mencionando com franqueza sobre esse ponto de partida – e fazê-las com um grau de humildade e vergonha em relação às circunstâncias que a provocam – em vez de alardeá-la como o auge do respeito aos direitos e como um elemento normal e normativamente desejável da democracia constitucional moderna.

AUTOR

Jeremy Waldron

DOUTOR EM FILOSOFIA DO DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE OXFORD. FOI FELLOW NO LINCOLN COLLEGE DA UNIVERSIDADE DE OXFORD, PROFESSOR DE TEORIA POLÍTICA NA UNIVERSIDADE DE EDIMBURGO, PROFESSOR OF LAW NO JURISPRUDENCE AND SOCIAL POLICY PROGRAM DA ESCOLA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA, BERKELEY, E UNIVERSITY PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COLUMBIA. ATUALMENTE, É UNIVERSITY PROFESSOR DA NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. FOI ELEITO MEMBRO DA AMERICAN ACADEMY OF ARTS AND SCIENCES EM 1998 E FELLOW DA BRITISH ACADEMY EM 2011.

jeremy.waldron@nyu.edu

TRADUÇÃO

Bruno da Cunha de Oliveira

BACHARELANDO EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FADUSP). PESQUISADOR DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP) E DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. COORDENADOR DO OBSERVATÓRIO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DA FADUSP.

bruno.dcdo@usp.br

COMO CITAR ESTA TRADUÇÃO:

WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial. Tradução de Bruno da Cunha de Oliveira, Daniel Wei Liang Wang e José Garcez Ghirardi. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022.

Daniel Wei Liang Wang

PÓS-DOCTOR E DOUTOR EM DIREITO PELA LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (LSE). MESTRE EM FILOSOFIA E POLÍTICAS PÚBLICAS PELA LSE. MESTRE EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP). BACHAREL EM CIÊNCIAS SOCIAIS PELA USP. BACHAREL EM DIREITO PELA FDUSP. FOI PROFESSOR DE SAÚDE E DIREITOS HUMANOS NO DEPARTAMENTO DE DIREITO DA QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON E RESEARCH POSTDOCTORAL FELLOW NO DEPARTAMENTO DE DIREITO DA LSE, ONDE LECIONOU DIREITOS HUMANOS. PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS.

daniel.wang@fgv.br

José Garcez Ghirardi

PROFESSOR ASSOCIADO EM TEMPO INTEGRAL DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP) (GRADUAÇÃO, MESTRADO E DOUTORADO). PÓS-DOCTORADO PELO COLLÈGE DE FRANCE, CHAIRE ÉTAT SOCIAL ET MONDIALISATION, COM BOLSA FAPESP E PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (UNICAMP). MESTRE E DOUTOR EM ESTUDOS LINGÜÍSTICOS E LITERÁRIOS EM INGLÊS PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). ADVOGADO FORMADO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP). FOI MEMBRO, POR DOIS MANDATOS, DA DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENSINO DO DIREITO (ABEDI), TENDO TAMBÉM ATUADO COMO MEMBRO DA COMISSÃO DE ESPECIALISTAS DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DO MEC PARA A ÁREA DE DIREITO. COORDENADOR DO PROJETO CAPES-PRINT/FGV "O DIREITO NA ERA DIGITAL". COORDENADOR DO OBSERVATÓRIO DO ENSINO DO DIREITO DA FGV DIREITO SP E MEMBRO DO CONSELHO ACADÊMICO DO CENTRO DE ENSINO E PESQUISA EM INOVAÇÃO DA (CEPI) DA FGV DIREITO SP. ADJUNCT FACULTY DA GONZAGA LAW SCHOOL (WA/ESTADOS UNIDOS), ONDE LECIONOU OS CURSOS JURISPRUDENCE AND THE ARTS E POLITICAL ECONOMY OF LAW AND DEVELOPMENT. FOI PESQUISADOR VISITANTE NA WAYNE STATE UNIVERSITY (DETROIT-MI, ESTADOS UNIDOS), COM BOLSA CONCEDIDA PELO CNPQ.

Jose.Ghirardi@fgv.br

V. 18 N. 2

MAIO-AGO 2022

ISSN 2317-6172

42

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

 **FGV DIREITO SP**

ISSN 2317-6172

9 772317617004