

V. 18 N. 3
SET-DEZ 2022
ISSN 2317-6172

43

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. 3 SET-DEZ 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. 3 [SET-DEZ. 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. 3 SET-DEZ 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

HENRIQUE CRUZ NOYA, LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN E LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA

PREPARAÇÃO E REVISÃO DE TEXTOS

ANA PAULA CORRADINI, BÁRBARA PILOTO SINCERRE, JENNIFER BONVENUTO, JUAN GUTIERREZ, LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA, 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

CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO PRIVATISTA NO PENSAMENTO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

A CRITIQUE OF THE PRIVATE LAW APPROACH TO TAX INTERPRETATION IN BRAZILIAN SCHOLARSHIP

IVAN OZAI : **e2227**

ARMONIZACIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS E INVERSIÓN EXTRANJERA EN LATINOAMÉRICA A TRAVÉS DE TRIBUNALES ARBITRALES DE INVERSIÓN, A PARTIR DE LA TEORÍA DE NEIL MACCORMICK

HARMONIZATION BETWEEN HUMAN RIGHTS AND FOREIGN INVESTMENT IN LATIN AMERICA, THROUGH THE ARBITRATION INVESTMENT TRIBUNALS, BASED ON NEIL MACCORMICK'S THEORY

MARÍA ALEJANDRA ARÉVALO MOSCOSO : **e2228**

EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN DE INMUEBLES EN EL REGISTRO CHILENO: UNA VISIÓN COMPARADA

THE VALUE OF REAL ESTATE REGISTRATION IN THE CHILEAN REGISTRY: A COMPARATIVE VIEW

YASNA ELIZABETH OTÁROLA ESPINOZA : **e2229**

DIVERSIDADE SEXUAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: HOMOFOBIA CLÁSSICA E MODERNA EM 50 ANOS DE DECISÕES CRIMINAIS (1970-2019)

SEXUAL DIVERSITY AT THE RIO GRANDE DO SUL STATE COURT OF JUSTICE: CLASSICAL AND MODERN HOMOPHOBIA IN FIFTY YEARS OF CRIMINAL DECISIONS (1970-2019)

GABRIEL BIGARELLA ZUGNO, ROGER RAUPP RIOS, LEONARDO MELLO GARCIA DOS SANTOS, ADOLFO PIZZINATO E ANGELO BRANDELLI COSTA : **e2230**

MINISTÉRIO PÚBLICO, JUDICIALIZAÇÃO E ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM SAÚDE

PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE, JUDICIALIZATION AND EXTRAJUDICIAL ACTION IN HEALTH

RAYANE VIEIRA RODRIGUES E VANESSA ELIAS DE OLIVEIRA : **e2231**

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DIREITO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19: UMA ANÁLISE DAS APLICAÇÕES DE CONTACT TRACING À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

PROTECTION OF PERSONAL DATA AND RIGHT TO PRIVACY IN THE CONTEXT OF PANDEMICS: AN ANALYSIS OF CONTACT TRACING APPLICATIONS CONSIDERING THE PROPORTIONALITY

ANA MARÍLIA DUTRA FERREIRA DA SILVA, CARLOS EDUARDO DA SILVA, MARIANA DE SIQUEIRA E KAYO VICTOR SANTOS MARQUES : **e2232**

PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE JURIMÉTRICA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ

JUDICIAL PRECEDENTS: A JURIMETRIC ANALYSIS IN THE COURT OF JUSTICE OF CEARÁ

ALEXANDRE SANTOS BEZERRA SÁ, GUSTAVO RAPOSO PEREIRA FEITOSA E UINIE CAMINHA : **e2233**

ANTI-ABORTION MOBILIZATION IN LATIN AMERICA: SIGNS OF A FIELD
IN TRANSFORMATION

MOBILIZAÇÃO ANTIABORTO NA AMÉRICA LATINA: SINAIS DE UM CAMPO EM TRANSFORMAÇÃO

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO, MARÍA ANGÉLICA PEÑAS-DEFAGO AND

CAMILA GIANELLA MALCA : **e2234**

RACISMO, SILENCIAMENTO E ESTIGMATIZAÇÃO NAS NARRATIVAS JORNALÍSTICAS
SOBRE O SISTEMA PRISIONAL

RACISM, SILENCING AND STIGMATIZATION IN JOURNALISTIC NARRATIVES ABOUT THE PRISON SYSTEM

CLARICE COSTA CALIXTO : **e2235**

O SEVERANCE PAY NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO HRT

THE SEVERANCE PAY IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE HRT CASE

GABRIEL ABREU DA SILVEIRA E VINÍCIUS KLEIN : **e2236**

TRIBUNAIS ATIVISTAS OU DEFERENTES? O QUE REVELA A ANÁLISE
DA JURISPRUDÊNCIA

ACTIVISTS OR DEFERENT COURTS? WHAT THE ANALYSIS OF JURISPRUDENCE REVEALS

PEDRO DE MENEZES NIEBUHR, ISAAC KOFI MEDEIROS, THALES DONATO E

EDUARDA LUCKMANN PLETICOS : **e2237**

TOWARDS ANOTHER COSMOPOLITANISM: TRANSNATIONAL ACTIVISM
OF INDIGENOUS WOMEN IN LATIN AMERICA

POR UM OUTRO COSMOPOLITISMO: O ATIVISMO TRANSNACIONAL DE MULHERES INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA

DENISE VITALE E RENATA NAGAMINE : **e2238**



Crítica à interpretação privatista no pensamento tributário brasileiro

A CRITIQUE OF THE PRIVATE LAW APPROACH TO TAX INTERPRETATION IN BRAZILIAN SCHOLARSHIP

Ivan Ozai¹

Resumo

Este artigo analisa criticamente a doutrina tributária no Brasil, iniciada na década de 1960, que rejeita qualquer inclusão de elementos e conceitos econômicos na interpretação do direito tributário. Essa corrente interpretativa, ainda predominante no país, sugere que regras de competência constitucional devem ser interpretadas à luz de categorias do direito privado, sem qualquer consideração do fenômeno econômico que o legislador constituinte pretendeu alcançar. A partir da teoria sistêmica luhmanniana, conforme a qual o fechamento operacional do sistema jurídico requer abertura cognitiva aos demais subsistemas sociais, o artigo sugere que essa corrente dogmática (aqui denominada privatista) apresenta dois importantes problemas. Em primeiro lugar, o privatismo tributário reforça uma exagerada tendência à interpretação literal do texto tributário. Em segundo lugar, ao repudiar elementos econômicos na interpretação do direito tributário, a dogmática jurídica deixa de cumprir um papel primordial no sistema jurídico, que é o de descrever o direito, e, com isso, estabilizar expectativas normativas.

Palavras-chave

Interpretação jurídica; corrente privatista; interpretação econômica do direito tributário; teoria dos sistemas; função social da dogmática jurídica.

Abstract

In this paper, I point out that since the late 1960s, Brazilian tax law scholarship has increasingly rejected any attempt to integrate economic perspectives in the interpretation of tax legislation. The prevailing theory suggests that tax jurisdictions established in the Brazilian Constitution should be interpreted based on concepts from private law and should disregard any consideration of the economic context referred to by the constitutional legislator. Building on Luhmann's systems theory, which suggests that operational closure of the legal system requires cognitive openness to other social subsystems, I argue that the predominant Brazilian tax theory (which I call private law approach) gives rise to two central problems. First, it reinforces an unseemly propensity toward literal interpretation. Second, by repudiating the economic context envisaged by the constitutional legislator, Brazilian tax scholarship fails to fulfill its primary role of describing the law and thereby stabilizing normative expectations.

Keywords

Legal interpretation; private law approach; economic interpretation of tax law; systems theory; social function of legal doctrine.

INTRODUÇÃO

A dogmática do direito tributário no Brasil observou, nos últimos tempos, o que se pode considerar uma “virada epistemológica”. Até a década de 1940, o direito tributário era geralmente considerado um capítulo da Ciência das Finanças, disciplina voltada à compreensão do fenômeno tributário sob óticas diversas, em que preponderavam métodos oriundos das ciências econômica e política. A tributação era percebida, mesmo entre juristas, como objeto de análise econômica, como um fenômeno distante da ciência jurídica. O resultado disso foi o que relata Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 156): “falência, enquanto ‘conhecimento multidisciplinar’, da nossa velha ‘Ciência das Finanças’, que ousou ter a pretensão de relatar a atividade financeira do Estado sob todos os aspectos possíveis”.

Quando o direito tributário, a partir da década de 1940, passa a ser tratado como um verdadeiro ramo do direito, a influência da consideração dos elementos econômicos na interpretação jurídica é ainda acentuada. A doutrina da interpretação econômica do direito tributário é usualmente atribuída a Enno Becker, elaborador do anteprojeto do Código Tributário Alemão (*Reichsabgabenordnung*) de 1919 (BECKER, 2004, p. 131-137). O § 4º do Código Alemão estabelecia que “na interpretação das leis fiscais deve-se ter em conta a sua finalidade, o seu significado econômico e a evolução das circunstâncias”. No Brasil, essa doutrina foi acolhida, entre outros, por Amilcar de Araújo Falcão (1955) e Ruy Barbosa Nogueira (1974).¹

A partir de meados da década de 1960, toma forma um movimento que se pretende estritamente jurídico, voltado a eliminar da interpretação do direito tributário qualquer consideração de natureza econômica. Esse movimento de repúdio passou a denominar a doutrina então vigente de “interpretação do direito tributário segundo a realidade econômica do fenômeno social” ou, mais comumente, “interpretação econômica do direito tributário” (BECKER, 2000, p. 136-137). O movimento, bastante significativo no Brasil, pode ser em parte explicado pela particularidade do sistema constitucional tributário brasileiro em relação a outros sistemas tributários no mundo. A Constituição brasileira é, em matéria tributária, extremamente analítica e disciplina individualmente e, não raro, exaustivamente cada tributo brasileiro.²

...

1 Um resumo dessa concepção pode ser extraído destas palavras de Nogueira (1974, p. 43-44, grifos do original): “Segundo já vimos, em nosso país, a Constituição estruturou cuidadosamente o princípio da legalidade tributária e quando se reportou à natureza econômica da lei tributária, traçou um comando ao legislador, o qual deverá atender à natureza econômica da lei fiscal, inclusive ao conceito da igualdade jurídico-tributária que está em relação com a capacidade econômica do contribuinte. Embora as formas de expressão do Direito sejam instrumentos jurídicos, no caso das leis tributárias, *o conteúdo é incontestavelmente de natureza econômica*, pois os índices de riqueza ou de capacidade contributiva é que são objeto da tributação. [...] *Os fundamentos econômicos da lei tributária vinculam e condicionam os efeitos jurídicos*”. Em sentido semelhante, ver Rothmann (1972, p. 259-263).

2 A partir de uma perspectiva luhmanniana, que veremos a seguir, o direito tributário brasileiro possibilitou um menor grau de abertura cognitiva aos subsistemas econômico e político do que o verificado em outros

O repúdio à consideração de aspectos econômicos na análise jurídica da tributação se consolidou com a evolução doutrinária da dogmática tributária, notavelmente em São Paulo, por meio dos estudos realizados por Alfredo Augusto Becker (2000), Geraldo Ataliba (2003) e Paulo de Barros Carvalho (2007 e 2008). O repúdio à consideração de elementos econômicos se tornou central à então nova linha de pensamento doutrinário, que chegou a associar a corrente doutrinária então prevalente ao nazismo e ao fascismo (BECKER, 2004; BRITO, 2001).³

Esse movimento de repúdio teve relevância nas circunstâncias históricas em que foi desenvolvido, notadamente em tempos de regime militar. Cabe indagar porém se, em um Estado democrático de direito mais consolidado como o atual, o repúdio absoluto à consideração de elementos econômicos na interpretação do direito tributário se mantém adequado. Em outras palavras, deve a doutrina jurídica considerar elementos econômicos na interpretação do direito tributário? Alguns autores mais recentes têm se afastado da linha de interpretação “estritamente jurídica” e reconhecido a relevância de aspectos econômicos na análise jurídico-tributária.⁴ No entanto, o repúdio a elementos econômicos na interpretação tributária é ainda significativamente prevalente no direito brasileiro.

Este artigo pretende analisar criticamente a doutrina de repúdio a elementos econômicos sob a perspectiva da teoria dos sistemas, em particular a teoria luhmanniana. Tornou-se comum entre os defensores de uma interpretação “estritamente jurídica” – a partir daqui designada de interpretação privatista, por interpretar categorias tributárias estritamente à luz do direito privado – utilizar-se da teoria autopoietica luhmanniana para afastar considerações de ordem econômica na interpretação do direito tributário.⁵ Procura-se esclarecer neste artigo que o emprego da teoria luhmanniana para tal finalidade é equivocado, notadamente por-

...

países, já que fixou em programas de natureza super-rígida (somente passíveis de modificação com o advento de nova Constituição) características específicas quanto a determinados tributos.

3 As palavras de Alfredo Augusto Becker (2004, p. 147) são elucidativas: “Nas asas vertiginosas dos imensos déficits orçamentários, os economistas passaram por cima da Teoria Geral do Estado e da Teoria Geral do Direito e foram lançados diretamente dentro do Direito Tributário. A ignorância dos economistas sobre a ciência jurídica casou-se com a ignorância dos juristas sobre a economia. E como os juristas espontaneamente estavam fugindo em direção à Economia, então, aconteceu – no mundo – um fenômeno inverso do da gênese bíblica, pois, no fim era o caos e dentro dele, patinando grotescamente, o Direito Tributário Invertebrado”.

4 Autores que têm especialmente admitido a inclusão de elementos econômicos na análise jurídico-tributária incluem, entre outros, Ricardo Lobo Torres, Luís Eduardo Schoueri, Heleno Taveira Torres, Cristiano Carvalho, Marciano Seabra de Godoi, Marco Aurélio Greco, Sérgio André Rocha e Tathiane Piscitelli.

5 Ver, por exemplo, Carvalho (2007), Araujo (2007), Aguiar (2008), Vacanti (2019).

que o fechamento *operativo* do direito não importa em seu fechamento *cognitivo* ao subsistema econômico. Pelo contrário, demonstramos que a interpretação privatista conduz a um exacerbado fechamento cognitivo que cria um paradoxo advertido por Luhmann: uma auto-observação do direito que se recusa a observar seu ambiente (neste caso, o subsistema econômico) acaba por não observar o próprio sistema jurídico.

A seção 1 introduz a distinção entre os modais operativo e cognitivo, esclarecendo por que o fechamento cognitivo na teoria luhmanniana exige a abertura cognitiva como condição autopoietica. A seção 2 trata da importância da abertura cognitiva no direito, em particular no que se refere à interpretação jurídica. A seção 3 ingressa propriamente na análise jurídico-tributária e sugere que a rejeição absoluta a elementos econômicos no direito tributário acaba por sujeitar a análise do direito constitucional a categorias do direito privado infraconstitucional e, com isso, torna-se uma interpretação privatista, mais do que estritamente jurídica. A seção final conclui apontando para a necessidade de se considerar elementos econômicos admitidos pela Constituição a fim de assegurar a função social da dogmática jurídica em matéria tributária.

I. O FECHAMENTO OPERATIVO DO DIREITO E SUA ABERTURA COGNITIVA

A sociedade moderna é caracterizada pela *complexidade* dos eventos físicos, psíquicos e sociais, que podem ser compreendidos e explicados de formas variadas.⁶ Poucas teorias dão conta de refletir adequadamente as relações existentes em uma sociedade complexa quanto o faz a *teoria dos sistemas* de Niklas Luhmann.

A evolução da sociedade, que culminou na atual complexidade das interações sociais, implicou uma diferenciação funcional que fosse capaz de lidar com a diversidade de possibilidades decorrentes dessas interações. Se na Idade Média o direito, a política e a religião eram assuntos altamente interdependentes, o advento da modernidade os distanciou. Direito, política, economia, religião passaram a formar subsistemas sociais funcionalmente autônomos. Cada subsistema passa a adotar estruturas seletoras próprias para lidar com as complexas relações sociais, reduzindo o campo de possibilidades.

...

⁶ A esse respeito, para Lourival Vilanova, a causalidade não está no mundo circundante, mas é determinada pela cultura, já que a “natureza não é um complexo de coisas enormemente diversificadas que compõem o nosso mundo circundante. É um complexo de fatos segundo invariações causais. Ela mesma, a natureza transforma-se em cultura, se as leis causais passam a ser suportes de objetivações de valores. E o ser humano, com sua internidade psicológica, sujeito a leis causais – nisso, também, é natureza –, transita para o plano do ser-pessoa, criando ou apropriando-se das objetivações de valor, que nesses suportes se estabilizam. Sem essa estabilização, o ingênito fluir da corrente psíquica, com sua infixidez, tornaria impossível o discurso humano na espécie superior de história” (VILANOVA, 2000, p. 7).

A diferenciação funcional dos subsistemas da sociedade implicou uma redução de complexidade, permitindo, em contrapartida, o desenvolvimento de mais complexidades internas. O direito, ao se diferenciar funcionalmente da religião e da política, deixa de lidar de modo direto com certas questões (afetas a esses outros subsistemas). Com sua função específica, o direito passa a ter operações internas autônomas. Cuida-se de uma seleção (redução de complexidade) que toma para o sistema jurídico apenas parte das comunicações da sociedade. A diferenciação funcional do direito lhe permite, entretanto, construir comunicações mais complexas, inimagináveis em uma sociedade funcionalmente indiferenciada. Esse é o fenômeno que Luhmann denomina *fechamento operativo*.

Os subsistemas político, econômico, religioso – dentre outros subsistemas sociais – compõem, juntamente com o subsistema jurídico, a sociedade. A autonomia funcional de cada um deles os exterioriza reciprocamente. A política e a economia constituem ambiente para o subsistema jurídico, assim como o direito e a política compõem o ambiente do sistema religioso. *Sistema e ambiente* são conceitos mutuamente excludentes e se definem precisamente pela diferença recíproca.

O fechamento operativo do direito não significa, porém, completo isolamento dos demais subsistemas. Sequer significa *fechamento causal*. Como explica Luhmann (2004a, p. 20, tradução nossa), “a teoria dos sistemas tem, desde sempre, admitido que a abertura (dependência do sistema ao seu ambiente) quanto à matéria ou energia não conflita com a tese do fechamento semântico ou informacional. Portanto, nós distinguimos entre fechamento causal (isolamento) e fechamento operativo”.

Um sistema, ao constituir sua própria unidade, constitui reciprocamente seu ambiente, já que um não existe sem o outro. Falar em fechamento operativo do direito não implica, portanto, negar a existência dos demais subsistemas. Contudo, as relações entre o direito e seu ambiente somente podem ser estabelecidas por meio das atividades internas do próprio sistema jurídico, mediante a execução de suas próprias operações. Em palavras simples, diria Luhmann (2004a, p. 105, tradução nossa): “abertura somente é possível mediante fechamento”.

Por outro lado, acrescentamos: fechamento somente é possível mediante abertura. Com efeito, o fechamento absoluto do sistema jurídico ao seu ambiente impossibilitaria sua necessária adaptação. Um sistema jurídico incapaz de oferecer respostas que, em certa medida, se adaptem ao seu ambiente estaria fadado à destruição.⁷ A forma mediante a qual o direito se

...

7 Se, por um lado, o sistema jurídico, por sua própria função de estabilização *contrafática*, não deve se adaptar às frustrações normativas, ele deve, de outro lado, manter um mínimo de adaptação ao ambiente. Nesse sentido, Luhmann (2004a, p. 79) esclarece que, embora a exigência de abertura ao ambiente – mediante crescimento em complexidade e manutenção de negentropia – seja tese propugnada pela teoria dos sistemas

abre ao seu ambiente é por meio da cognição (*abertura cognitiva*). A abertura cognitiva ocorre no nível dos programas condicionais (constituição, leis, contratos). As “perturbações” promovidas pelos demais subsistemas são interiorizadas no sistema jurídico mediante operações próprias, seja ao avaliar fatos que se sujeitam à incidência jurídica (LUHMANN, 2004a, p. 20), seja ao incorporar conceitos e razões externas na interpretação jurídica (LUHMANN, 2004a, p. 115-116).

Essas reflexões preliminares são importantes para a análise que se fará a seguir. A compreensão desse duplo paradoxo – abertura mediante fechamento e fechamento mediante abertura – permitirá avaliar se a função social da dogmática jurídico-tributária nacional vem sendo exercida adequadamente.

2. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A ABERTURA COGNITIVA

A crítica ao formalismo jurídico deixou de ser uma novidade há muito tempo, comportando tantos significados quantas são as críticas orientadas pelo termo (RODRIGUEZ, 2010, p. 157). Apesar da divergência semântica, verifica-se que, embora caiba à dogmática jurídica adotar uma perspectiva que se limite ao direito vigente, há “quem faça do estudo do direito um conhecimento demasiado restritivo, legalista, cego para a realidade, formalmente infenso à própria existência do fenômeno jurídico como um fenômeno social”, traduzindo a dogmática jurídica por “uma espécie de prisão para o espírito” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 48).

A questão é, em alguma medida, tangenciada pelo artigo de Niklas Luhmann (2004b) denominado “A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito”. Luhmann promove sua análise a partir de uma curiosa parábola, reconstruída à sua maneira. Um rico beduíno, em seu testamento, deixou metade dos camelos que possuía para seu filho mais velho, um quarto para seu segundo filho e um sexto para o filho mais novo. Tendo, contudo, ao final de sua vida, deixado 11 camelos como herança, restou a dúvida de como os repartir adequadamente, já que uma aplicação pura dos critérios de divisão contidas no testamento resultaria em números não inteiros de camelos.

Para solucionar o conflito, o juiz cede em empréstimo um camelo de sua propriedade, tornando possível a aplicação das regras testamentárias: dos 12 camelos (os 11 originais acrescidos do camelo emprestado), seis ficariam com o filho mais velho, três com o segundo filho e dois com o filho mais novo, restituindo-se em seguida o último camelo ao juiz.

A partir dessa situação emblemática, Luhmann propõe diversas indagações, tais quais: o décimo segundo camelo seria necessário? Se sim, em quais casos? Os juízes devem ter camelos para emprestar?

...

“mais antiga” (dos sistemas abertos), a teoria dos sistemas operativamente fechados (teoria luhmanniana) não a rejeita, mas simplesmente lhe outorga diferente ênfase.

Outras questões aventadas por Luhmann são mais densas do que os limites do presente artigo permitem adentrar. Ao longo do texto de Luhmann, a figura do camelo simbólico é tomada como representação de conteúdos diversos, restando, ainda, a indagação: o que, de fato, representa o décimo segundo camelo para o direito?⁸ É certo que o décimo segundo camelo da parábola pode representar e suscitar diversas questões pertinentes ao direito. Todavia, uma questão que se pode extrair da parábola – e é a que se mostra relevante para o nosso propósito – é: qual a importância dos elementos não jurídicos na interpretação jurídica? É possível aplicar as normas jurídicas de modo puramente formal, sem considerar os elementos econômicos, políticos, sociais, entre outros, a elas subjacentes?

Nesse passo, retomamos a compreensão de que o direito, como sistema funcionalmente diferenciado, embora seja operativamente fechado, é cognitivamente aberto. A autonomia funcional do direito não significa, portanto, que o sistema jurídico somente promova autorreferência. O que assegura a autonomia do direito é que, ao se referir aos demais subsistemas sociais (heterorreferência),⁹ ele o faz por meio de seus mecanismos internos, isto é, por meio de suas normas jurídicas (LUHMANN, 2004a, p. 106).

Assim, o fechamento normativo do direito não implica ignorância absoluta de elementos (fatos) de outros subsistemas sociais. Ele toma conhecimento dos fatos *externos* (do ambiente) mediante produção *interna* de informação. Como esclarece Luhmann (2004a, p. 112, tradução nossa), “o sistema jurídico pode compartilhar conhecimento, mas não normas, com o ambiente. Contudo, mesmo esse compartilhamento ocasionado inicialmente de uma perturbação proveniente de seu ambiente é meramente uma operação interna e não uma operação de ‘transferência’ de informação”.¹⁰

...

8 Em suas palavras: “O décimo segundo camelo tem muitos nomes, e nós ficamos, a cada vez, sempre numa posição de mudança. O décimo segundo camelo ‘é’ finalmente o terceiro excluído que é remetido para o interior do sistema; ele ‘é’ o parasita? Ele ‘é’ a condição de possibilidade de que fala a teoria transcendental, tal como a condição de possibilidade da decisão? Ele ‘é’ a violência ou ‘é’ a redundância? Pode alinhar-se estas questões uma seguida das outras e supor que ‘é’, e que o camelo forma uma unidade, e que [tudo] deve ser reunido. O camelo ‘é’ finalmente um camelo. Ou não? Mas o que é este ‘é’? (*Was ist ‘ist’?*)” (LUHMANN, 2004b, p. 104-105).

9 Tecnicamente, a percepção dessa distinção (autorreferência e heterorreferência) pelo próprio sistema depende do fenômeno da *reentrada*: “Todavia, nosso ponto de partida é anterior a este. É a questão de como o direito pode sequer operar e como ele pode observar suas próprias operações e seus efeitos. Isso transfere o problema para a questão das formas de ‘internalização’ da distinção entre sistema e ambiente pelo próprio sistema. Em outras palavras: a questão da reentrada da distinção naquilo que a distinção distinguiu e o espaço virtual de possibilidades que o sistema abre a partir dessa operação” (LUHMANN, 2004a, p. 105-106, tradução nossa).

10 A esse respeito, após indagar quanto à possibilidade de, em certas circunstâncias, o sistema jurídico ser forçado pela sociedade a se modificar, Luhmann (2004a, p. 120, tradução nossa) esclarece que, “visto sob

No que concerne à interpretação jurídica, o sistema jurídico recorre também a razões externas para a construção das normas jurídicas, tais como as intenções do legislador. Tal referência, contudo, é necessariamente filtrada pelo próprio sistema jurídico, que incorpora apenas parte desses elementos externos, sempre mediante operações internas, isto é, operações próprias do sistema jurídico.¹¹ O fechamento operativo do direito é assegurado por seu *código* (binário), mas as normas do sistema jurídico (no nível de *programação*) podem determinar em que medida e sob quais fundamentos o sistema deve processar cognições,¹² o que pode conduzir, em sociedades que se tornam cada vez mais complexas, a situações de elevada abertura em relação ao ambiente, mas nunca à dissolução da unidade do direito, enquanto estiver presente no sistema um único código binário (LUHMANN, 2004a, p. 118-119).

Avaliando os limites da abertura cognitiva na interpretação jurídica, Celso Campilongo (2011, p. 187) pontua que o fechamento operativo do sistema não implica isolamento da interpretação jurídica de elementos políticos ou econômicos. A interpretação jurídica constitui modo de observação da sociedade, conferindo e extraíndo sentido da sociedade. A interpretação jurídica, pois, não ocorre de forma autossuficiente. O fechamento operativo do direito não implica isolamento ou abstração do intérprete apenas ao texto da lei ou precedente judicial. Em suas palavras: “O que se interpreta é a sociedade, com as ferramentas e com o sentido do direito” (CAMPILONGO, 2011, p. 192). Cabe à interpretação jurídica, orientando-se pela unidade do próprio sistema jurídico, ocupar-se das condições sociais da interpre-

...

a posição do sistema jurídico, deve haver um filtro que permite ao sistema perceber uma mudança de opinião pública como uma razão para aprender – isto é, cognitivamente – e não como uma direta imposição de novas normas”.

11 Como elucidada Luhmann, “o mesmo argumento se aplica ao recurso a razões externas por normas jurídicas, tais como interesses subliminares, intenções, segundas intenções, motivações, especialmente na esfera legislativa. Aqui há também uma filtragem interna do que é ou não adequado para a interpretação jurídica conforme as circunstâncias. Nem todas as ‘motivações’ do legislador podem ser interiorizadas pelo direito. Nunca se encontrará escrita como razão de um julgamento a declaração de que a promulgação de determinada lei ocorreu devido a uma manobra de um partido político ou à circunstância de que agora é politicamente correto adotar uma postura anticapitalista. Mesmo na famosa discussão quanto à intenção original do constituinte (*original intent*), máxima na interpretação constitucional norte-americana, ninguém considera seriamente a possibilidade de promover uma pesquisa histórica” (LUHMANN, 2004a, p. 115, tradução nossa).

12 Dada a abstração conceitual dessas reflexões, importa citar um exemplo fornecido pelo próprio Luhmann: “A partir do momento em que existem estatísticas atuariais sobre mortalidade, um juiz não pode mais se fiar exclusivamente em seu arbítrio ao avaliar uma questão relativa à expectativa de vida” (LUHMANN, 2004a, p. 114, tradução nossa).

tação do direito. A interpretação jurídica não se resume à autodescrição do direito. Ela responde pela função de, ao descrever o direito, descrever a própria sociedade. A interpretação jurídica é também um “olhar do direito sobre a sociedade e da sociedade sobre o direito” (CAMPILONGO, 2011, p. 185).

3. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO E A NECESSIDADE DE ABERTURA COGNITIVA A ELEMENTOS ECONÔMICOS

Retomando o exposto na introdução, a partir de meados da década de 1960, houve um proeminente movimento de repúdio, no Brasil, a toda interpretação do direito tributário que considerasse elementos de natureza econômica. Para Alfredo Augusto Becker (2000, p. 136-138), um dos mais acentuados críticos da “interpretação do direito tributário segundo a realidade econômica do fenômeno social”, tal corrente interpretativa levava à destruição da certeza jurídica e à praticabilidade do direito tributário e à inversão da fenomenologia jurídica.

É certo que, em um contexto social de notável autoritarismo estatal, a abertura a elementos econômicos e políticos na interpretação jurídica pode ocasionar insegurança jurídica. A possibilidade de se interpretar as normas jurídicas tributárias com base nesses critérios, sob o pretexto de atender a interesses estatais (políticos e econômicos), na vigência de um Estado que desrespeita direitos individuais mínimos (como os definidos pelo rótulo de direitos fundamentais de primeira geração), tende a ser uma poderosa ferramenta para o arbítrio e o confisco. Com efeito, o risco de sobreposição do direito pela economia ou pela política poderia mesmo eliminar a autonomia funcional do sistema jurídico. Nesse sentido, Celso Campilongo (1999, p. 92) esclarece que “reduzir o direito à economia ou à política é sucumbir a formas difusas de autoritarismo”.¹³

Porém, não podemos, em contrapartida, ignorar os avanços democráticos das últimas décadas. No cenário contemporâneo, o fechamento cognitivo extremado da auto-observação

...

¹³ No mesmo sentido, afirma em outro trabalho: “De outra parte, igualmente descômodo admitir que construções externas ao direito possam ditar regras para a interpretação. Os mesmos operadores do direito reagiriam contra o juiz sociólogo, economista ou político. Reclamariam o retorno do juiz jurista. Soa mesmo ridículo, a par de geralmente errôneo, inútil e pedante invocar trabalhos de sociologia ou filosofia como argumento de autoridade em decisões judiciais. Filosofar não é o ofício do juiz. Nada contra a ampliação dos horizontes cognitivos dos práticos do direito, mas a técnica jurídica não se confunde com a metodologia sociológica ou filosófica. Reconhecer, interpretar e aplicar a norma jurídica válida exige referências cognitivas e capacitação profissional muito diversas dos planos de observação da sociedade ocupados por filósofos, sociólogos, mesmo que filósofos ou sociólogos do direito” (CAMPILONGO, 2011, p. 170).

do direito (dogmática jurídica) deixa de se justificar e, mais do que isso, impossibilita o direito de exercer sua função social de estabilização de expectativas normativas.¹⁴

Como pretendemos demonstrar a seguir, o exacerbado fechamento cognitivo da dogmática jurídico-tributário tem suscitado dois graves problemas: o primeiro está em interpretar as figuras e categorias legislativas sob uma perspectiva exageradamente literal, impossibilitando uma compreensão adequada de institutos do direito tributário; o segundo decorre do primeiro e está na lacuna que se criou na dogmática nacional quanto à interpretação das leis tributárias, implicando, em alguns casos, a absoluta ausência de auto-observação do sistema jurídico em matéria tributária.

3.1. A INTERPRETAÇÃO PRIVATISTA E O PROBLEMA DO FECHAMENTO COGNITIVO

O fechamento cognitivo excessivo importou em interpretar o direito tributário exclusivamente à luz das categorias do direito privado (BECKER, 2000, p. 136-137). Mais do que isso, interpretar passou a significar praticamente uma leitura lógico-gramatical do texto normativo.

Um exemplo que bem representa essa corrente doutrinária está na interpretação dos limites da incidência do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Cuida-se de imposto que, em oposição a seu antecessor (Imposto sobre Vendas e Consignações [IVC], que era cumulativo) e à semelhança do TVA francês (*Taxe sur la Valeur Ajoutée*, de incidência não cumulativa), deve incidir nas diversas etapas de uma cadeia mercantil, desde a produção até o consumo de uma mercadoria, evitando-se a tributação em cascata (isto é, a sobreposição de incidências sobre uma mesma mercadoria).

É imposto, como se vê, de característica marcadamente econômica. Conceitos como o de “não cumulatividade” (como oposição à tributação em cascata) e de “operação relativa à circulação de mercadorias” (no âmbito de uma cadeia mercantil) só são compreensíveis se se observa o fenômeno em sua existência econômica. Contudo, ao interpretar os limites constitucionais à instituição do ICMS (à época designado ainda ICM), Geraldo Ataliba – crítico ferrenho da consideração de elementos econômicos na interpretação jurídica –, em artigo

...

14 A esse respeito, cabe observar as reflexões de José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 41-42): “A Dogmática Jurídica brasileira permanece em grande parte alheia ao trabalho desenvolvido pelas demais ciências humanas, aut centrada num formalismo que ignora o que ocorre nas demais esferas sociais. Para a Dogmática tradicional, é como se as normas jurídicas pudessem funcionar sem levar em conta problemas políticos e econômicos. Nessa perspectiva de análise, o Direito, soberano e autossuficiente, procura dar conta de todos os problemas, desrespeitando a racionalidade própria das demais esferas sociais. Apenas o trabalho interdisciplinar será capaz de redimensionar as questões e pensar as relações entre as esferas sociais de modo mais sofisticado. A manutenção da pureza da Dogmática Jurídica é um desserviço que os pesquisadores têm prestado à compreensão do Direito brasileiro e do país”.

conjunto com Cléber Giardino (1983, p. 102), defendeu que o método pelo qual o jurista deveria interpretar a norma constitucional definidora desse imposto é o da *decomposição articulada dos enunciados normativos*:

[...] importa, em primeiro lugar, decompor articuladamente esse enunciado – de modo a apreender o sentido jurídico imanente a cada palavra, ou expressão utilizada – para, só depois, empreender a interpretação sistemática dos seus respectivos conteúdos. (ATALIBA e GIARDINO, 1983, p. 102)

A partir disso, em lugar de procurar compreender o que o constituinte pretendeu significar por “operação relativa à circulação de mercadorias”, esses autores passam a analisar, isoladamente (ou, em suas palavras, “articuladamente”), cada um dos termos que compõem a sigla do imposto – ICMS –, cada qual à luz do direito civil. Procuram, portanto, compreender inicialmente o que significa “operação” à luz do direito civil, concluindo que se trata de “negócio jurídico” (ATALIBA e GIARDINO, 1983, p. 104-109). Em seguida, observam que, conforme o direito civil, o termo “circulação” somente poderia significar “transferência de domínio” (ATALIBA e GIARDINO, 1983, p. 109-114). Por fim, agregam esses significados, mediante um *procedimento matemático de adição*, e concluem que o ICMS deve incidir sobre “negócios jurídicos que importem transferência de domínio de mercadorias”. A esse procedimento de adição denominam “interação sistemática”:

Nessa tarefa cumpre ter presente que a chamada exegese literal não é ainda uma verdadeira interpretação; constitui simples pressuposto de interpretação, que deve necessariamente preceder qualquer trabalho hermenêutico, como ensina Paulo de Barros Carvalho.

Da *interação sistemática* de todos estes termos – alguns *substantivos*, outros *adjetivos*, outros circunstanciais ou restritivos – resultará, finalmente, o aspecto material da hipótese de incidência do ICM, *como engendrado pela Constituição*. (ATALIBA e GIARDINO, 1983, p. 102, grifos nossos)

Com isso, Ataliba e Giardino deixam de procurar compreender o desígnio do legislador constituinte ao usar a expressão “operações relativas à circulação de mercadorias”, bem como as regras estabelecidas em outros dispositivos constitucionais que cuidam da incidência do ICMS. Em vez disso, eles definem a natureza do imposto a partir da análise, em um primeiro momento, desarticulada dos termos da sigla “ICMS” e, em um segundo momento, mediante a recomposição frásica da sigla.

Com o devido respeito a esses autores, duas das mais importantes figuras da literatura jurídico-tributário nacional, não se pode seriamente considerar esse procedimento uma interpretação jurídica, e menos ainda uma interpretação jurídico-constitucional. Como um mero

exercício mental, poderíamos tentar vislumbrar como esse método de “decomposição articulada dos enunciados normativos” se aplicaria na interpretação de um dispositivo constitucional relacionado ao direito econômico, a exemplo do art. 172 da Constituição de 1988: “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”.

Seria necessário primeiro determinar, de acordo com o direito privado, o que significa “interesse”, “investimento”, “capital”, “incentivo”, “reinvestimento”, “remessa” e “lucro”, convertendo-os em “interesse jurídico”, “capital jurídico”, “incentivo jurídico”, “reinvestimento jurídico”, “remessa jurídica” e “lucro jurídico” para somente então os reintegrar e compreender essa disposição constitucional? Seria assim que determinaríamos, como defende a corrente privatista, o sentido jurídico dessa disposição normativa, “como engendrado pela Constituição”? O resultado seria certamente uma leitura pouco plausível do texto constitucional, se não ininteligível.¹⁵

Problema semelhante se dá com o imposto de renda. A Constituição determina em seu art. 153, III, que compete à União instituir imposto sobre a “renda e proventos de qualquer natureza”. “Renda” e “proventos” são vocábulos empregados pelo constituinte a partir de categorias de origem técnica extrajurídica (contábil/econômica). Como interpretar a competência federal para a instituição do imposto de renda? Deveria o intérprete resgatar no direito privado o significado “renda jurídica” e “proventos jurídicos” para então passar a compreender a materialidade do imposto? Certamente não. Atender ao desígnio constitucional implica identificar a referência não jurídica utilizada pelo constituinte e incorporar os conceitos contábil e comercial de renda e proventos na interpretação do direito tributário. Isso não significa que a interpretação contábil prevalecerá sobre a interpretação jurídica, mas simplesmente que a interpretação jurídica não pode se furtar de considerar categorias contábeis na definição desses vocábulos, já que são essas as acepções referidas pelo legislador constituinte.

• • •

15 Ricardo Lobo Torres (2004) profere contundente crítica à interpretação privatista sob uma perspectiva histórico-cultural: “Problema que ocorre com frequência na cultura brasileira é a troca de sinais na recepção das ideias estrangeiras. A filosofia e a sociologia de Augusto Comte se transformaram em religião no Brasil. Rui Barbosa observava que às vezes nos envolvíamos ‘majestosamente no nosso nativismo constitucional’, considerando nacional o que nascera sob influência estrangeira, como era o caso da própria Constituição de 1891. Em 1988 o mandado de injunção, copiado da construção jurisprudencial americana, foi tratado como invenção brasileira, o que levou o STF, com justa razão, a inviabilizá-lo, diante da impossibilidade de aplicá-lo a qualquer direito que possuísse imbricação constitucional, ainda que destituído de jusfundamentalidade, como queria a doutrina brasileira. Na recepção do IVA ocorreu o mesmo fenômeno. Criou-se inclusive a interpretação desconhecida no direito comparado – que jamais foi adotada pelo STF, ressalve-se – de que o fato gerador do tributo teria que ser uma ‘operação jurídica’ de circulação de mercadorias”.

Um clássico exemplo de distorção decorrente da interpretação privatista está na questão da incidência do Imposto sobre Serviços (ISS) sobre a atividade de locação. Nos diversos sistemas tributários ao redor do mundo, a tributação sobre o consumo, seja de bens ou de serviços, é realizada por meio de um único imposto, em alguns países denominado “imposto sobre vendas” (como é o caso dos Estados Unidos, de Honduras e do Paquistão), em outros denominado “imposto sobre bens e serviços” (como é o caso da Austrália, do Canadá e da República Dominicana), em outros denominado “imposto sobre valor adicionado” (como é o caso da China, dos países da União Europeia e muitos dos países latino-americanos) e em outros denominado “imposto sobre o consumo” (como é o caso do Japão e de São Tomé e Príncipe). Apesar das diferentes características do imposto sobre consumo nesses diversos sistemas tributários, todos têm em comum tributar de modo amplo o consumo de bens e serviços.

No Brasil, por razões políticas, decidiu-se cindir a tributação do consumo em dois impostos: aos Estados coube tributar o consumo de bens e aos Municípios coube tributar o consumo de serviços. E, assim, após ter estabelecido no art. 155, III, a competência estadual para instituir o ICMS, a Constituição dispõe, em seu art. 156, III, que competem aos Municípios instituir imposto sobre “serviços de qualquer natureza”, tendo a expressão “qualquer natureza” o evidente propósito de abranger serviços de modo amplo, qualquer que seja sua natureza. Contudo, a adoção da corrente privatista no direito tributário brasileiro implicou considerar que “serviços” devem ser compreendidos à luz do direito civil. Como serviços são “prestados”, a natureza jurídica da “prestação de serviços” consiste em uma *obrigação de fazer*, em oposição a uma *obrigação de dar*.

A consequência dessa criativa construção interpretativa — hoje tão solidificada na dogmática tributária brasileira que é de conhecimento comum mesmo dos mais iniciantes na área de direito tributário — é de que o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) não incide sobre locação ou cessão de bens, pois estas são atividades que envolvem obrigação de dar, e não obrigação de fazer. Não consistindo em prestação “jurídica” de serviços, a locação e a cessão de bens não se sujeitam à incidência do ISS. Porém, da mesma forma, não se sujeitam à incidência do ICMS, pois não se trata propriamente de circulação de mercadorias. Com isso, dada a prevalência dessa interpretação privatista no Judiciário brasileiro, o Brasil tem o único sistema tributário no mundo com um imposto sobre o consumo que não alcança a locação ou cessão de bens.

O curioso caso da locação de bens demonstra a dificuldade imposta ao legislador constitucional pela corrente privatista. Qualquer designação utilizada pelo constituinte fica sujeita a uma interpretação redutiva a categorias do direito privado que impossibilita a tributação do consumo de bens e serviços de modo amplo, como ocorre em outros sistemas tributários. Veja-se que mesmo a adoção pelo legislador constituinte da expressão ampla “imposto sobre o consumo” poderia ser interpretada à luz do direito privado para afastar seu alcance à locação de bens. Não seria impensável desenvolver-se na dogmática privatista a seguinte sequência lógica: 1^o — um imposto sobre o consumo deve incidir sobre a relação *jurídica* de

consumo; 2º – as relações de consumo são reguladas no âmbito do direito privado pelo Código de Defesa do Consumidor; o Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao contrato de locação, conforme entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ);¹⁶ logo, o conceito de locação está excluído do conceito de consumo, e assim não cabe a incidência do imposto sobre consumo nas atividades relativas a locação de bens. Essa interpretação hipotética que acabamos de sugerir não destoa da leitura privatista hoje prevalente na dogmática tributária brasileira. Mais do que isso, adotada a concepção subjacente à corrente privatista, a interpretação que sugerimos parece até mais plausível e convincente do que muitas das hoje existentes em relação a outros tributos. Esse exercício hipotético ilustra o desafio enfrentado pelo legislador constituinte na tarefa de desenhar competências tributárias de modo a evitar o reducionismo privatista, que acaba por limitar o direito tributário (e o direito constitucional) a categorias do direito civil.

A concepção de interpretação jurídica que se vê subjacente à corrente privatista é, em muitos aspectos, semelhante à antiga Escola da Jurisprudência dos Conceitos, que concebia o sistema jurídico como unidade lógica e autônoma e endossava o método formalista, conforme o qual o direito seria passível de ser conhecido e interpretado a partir da investigação das normas, sem consideração de seu contexto fático e social. A jurisprudência dos conceitos serviu a seus representantes para ver a lei como uma unidade fecunda por si mesma e alheia às situações da vida (KAUFMANN, 2002, p. 167-168). A escola privatista de direito tributário não parece muito distante de uma versão contemporânea da antiga Escola da Jurisprudência dos Conceitos.

A compreensão de institutos jurídicos que incidam sobre fatos do subsistema econômico exige do sistema jurídico uma mínima abertura cognitiva a esse subsistema. Não se pode compreender a tributação sem vislumbrar a existência de outras perspectivas provenientes de outros subsistemas sociais. Veja-se que, conforme destacamos anteriormente, a observação externa do direito somente pode ser promovida por operações internas. Com efeito, é a Constituição (em nível de programa) que estabelece a abertura ao subsistema econômico ao considerar, na tributação, características eminentemente extrajurídicas (econômicas ou contábeis), como a não cumulatividade (que implica evitar a incidência em cascata de tributos plurifásicos), a circulação de mercadorias, a renda e o serviço.

•••

16 Confirmam-se os seguintes julgados do STJ: REsp 689266/SC; 2004/0127060-1, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 14.11.2005, p. 388; AgRg no Ag 636897/SP; 2004/0143706-8, Relator Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 07.03.2005, p. 331; REsp 575020/RS; 2003/0125289-8, Relator Min. José Arnaldo Da Fonseca, Quinta Turma, DJ 08.11.2004, p. 273; REsp 329067/MG; 2001/0075647-2, Relator Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 02.08.2004, p. 576RSTJ, v. 182, p. 518; REsp 485664/MG; 2002/0151299-5, Relator Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 29.03.2004, p. 285.

Não se trata de fazer uma interpretação econômica do direito tributário, mas uma interpretação jurídica que não ignore elementos econômicos inerentes ao fenômeno da tributação e aos fatos sociais por ela alcançados.¹⁷

3.2. A ABERTURA INTERPRETATIVA A ELEMENTOS ECONÔMICOS NÃO SE CONFUNDE COM A ADOÇÃO DE MÉTODOS DA CIÊNCIA ECONÔMICA

Adeptos da escola privatista comumente incorrem no equívoco de confundir a abertura da interpretação jurídica a elementos econômicos com a direta aplicação de métodos da ciência econômica ao direito. Convém, pois, tecer alguns breves comentários sobre a distinção entre esses dois aspectos.

Discussão extensa e relevante no âmbito da metodologia jurídica diz respeito à autonomia dos métodos científicos utilizados na pesquisa jurídica.¹⁸ Há décadas se discute se o direito possui metodologia científica própria ou se se utiliza de métodos também aplicáveis a outros campos científicos. Afinal, quando se trata de metodologia científica, fala-se em métodos empíricos, quantitativos, qualitativos, analíticos, conceituais, entre outros, desvinculados de um específico domínio científico (SIEMS e SÍTHIGH, 2012). Não se fala propriamente em método econômico, histórico ou físico. Os diversos segmentos científicos se utilizam de métodos em geral aplicáveis aos demais. Não temos, por exemplo, pesquisa qualitativa econômica, zoológica ou astronômica, mas sim pesquisa qualitativa *aplicada à economia*, *aplicada à zoologia* e *aplicada à astronomia*. Da mesma forma, métodos estatísticos são igualmente utilizados em sociologia política ou em biologia molecular, sem distinção metodológica. O direito, contudo, reclama para si um método exclusivamente jurídico – o da hermenêutica jurídica (WESTERMAN, 2013; HAGE, 2013; SMITS, 2018).

A especificidade do método jurídico em relação às demais disciplinas do conhecimento se deve em parte a seu desenvolvimento histórico (SCORDATO, 2008). A hermenêutica jurídica durante séculos teve prestígio superior aos métodos que hoje reputamos científicos. Na Idade Média, a hermenêutica era tomada como método de referência para se outorgar o *status* de ciência a uma área do saber e o direito era então tido como a ciência por excelência (VAN HOECKE, 2013). Apenas a partir do século XVII, a hermenêutica jurídica passou a dar lugar à pesquisa empírica como método científico. Com o desenvolvimento do positivismo no século XIX, a física se torna o novo modelo de referência científica no mundo ocidental e o conceito de ciência passa a exigir uma combinação de dados empíricos, testes

...

¹⁷ Conclusão semelhante é alcançada por Marco Aurélio Greco (2010, p. 227-233).

¹⁸ Confirmam-se, entre outros, Feldman (1989), Rubin (1997), Scordato (2008), Siems e Síthigh (2012), Van Hoecke (2013), Westerman (2013), Brownsword (2018) e Walker (2018).

de hipóteses e teorias com validade universal (VAN HOECKE, 2013). O direito, contudo, manteve-se até recentemente afastado dos desenvolvimentos metodológicos observados em outras áreas de pesquisa científica.

Entre outras questões relevantes, um dos pontos centrais discutidos no âmbito da metodologia de pesquisa jurídica está na aceitação ou não do uso no direito desses métodos universalmente aceitos em outras áreas do conhecimento (BRADSHAW, 1997; SUCHMAN e MERTZ, 2010; DUBBER, 2015). Em outras palavras, é o direito uma área científica assim distinta das demais a não comportar o uso de metodologias externas ao direito? Pode-se considerar a hermenêutica jurídica um método científico próprio ao direito? A pesquisa jurídica assim desenvolvida é afinal ciência? A essas questões podemos designar o *problema da cientificidade do direito*.

Contudo, a questão da inclusão ou não de elementos ou conceitos econômicos na interpretação jurídica não guarda relação com o problema da cientificidade do direito. Interpretar normas jurídicas tomando em consideração *elementos externos ao direito* é ainda hermenêutica jurídica, e não se confunde com a adoção de *métodos externos ao direito*. Ainda que se ignorem os desenvolvimentos científicos realizados em outras áreas do saber e se entenda que a pesquisa jurídica comporta exclusivamente a hermenêutica jurídica, cabe solucionar uma questão primordial: quais elementos deve o intérprete considerar na hermenêutica jurídica? Deve o intérprete, na tarefa de interpretar o direito, se limitar em seu campo gnosiológico às normas jurídicas postas ou pode (deve) olhar também para fatos, elementos e conceitos externos ao direito?

Essa é a principal diferença entre interpretar o direito *juridicamente* considerando elementos econômicos relevantes ao direito e interpretar o direito *economicamente*. A expressão “interpretação econômica do direito” já conduz a essa última perspectiva, como se o intérprete do direito que leva em conta elementos, categorias ou conceitos econômicos está a deixar o ofício de intérprete do direito para se transmutar em economista.¹⁹ O que se está a discutir não é o uso de uma interpretação econômica do direito, mas sim o de uma interpretação jurídica aberta a conceitos a ele externos, entre os quais os de natureza econômica.

...

19 Isso é, com efeito, o que sugere a corrente privatista. Confira-se a análise de um de seus maiores defensores, Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 455): “Com apoio nos argumentos que acabo de expor, na forma de premissas, torna-se intuitiva a conclusão segundo a qual os fatos, assim como toda construção de linguagem, podem ser observados como jurídicos, econômicos, antropológicos, históricos, políticos, contábeis etc.; tudo dependendo do critério adotado pelo corte metodológico empreendido. Existe interpretação econômica do fato? Sim, para os economistas. Existirá interpretação contábil do fato? Certamente, para o contabilista. No entanto, uma vez assumido o caráter jurídico, o fato será, única e exclusivamente, fato jurídico; e claro, fato de natureza jurídica, não econômica ou contábil, entre outras matérias. Como já anotado, o Direito não pede emprestado conceitos de fatos para outras disciplinas”.

Ao regular o mundo social e econômico, o legislador se empresta naturalmente de uma amálgama de termos jurídicos e não jurídicos. Não há como normatizar o mundo social sem se referir ao próprio universo fático que se está a regular. Quando legisla, por exemplo, sobre o meio ambiente, o legislador irá se referir a conceitos e termos técnicos próprios à área ambiental. Da mesma forma, o legislador necessariamente se empresta de linguagem e conceitos externos a ele quando regula telecomunicações, mineração, vigilância sanitária, petróleo, aviação civil. Não se há de esperar que vá o legislador encontrar na legislação preexistente o léxico e conjunto de definições necessários para se referir a fenômenos complexos inerentes às específicas áreas objeto de regulação. E quanto mais geral o nível de normatização, menos técnica a especificação semiológica. Um diploma técnico como uma portaria ou resolução tenderá a definir (e, com isso, juridicizar) com precisão um maior conjunto de termos e definições do que um diploma geral e político como a Constituição.

Feitas essas considerações, não é de se esperar que o legislador constituinte tenha procurado se limitar ao vernáculo jurídico previamente existente ao empregar vocábulos como “livros” e “jornais” (art. 150, VI, *d*), “pleno emprego” (art. 170, VIII), “hidrocarbonetos fluidos” (art. 177, I), “bem-estar” (art. 182, *caput*) e “desenvolvimento equilibrado do País” (art. 192). O constituinte procura utilizar termos que tornará amplamente compreensível sua intenção reguladora, outorgando ao legislador infraconstitucional, a ele lógica e cronologicamente posterior, a especificação semântica dos termos empregados na Constituição. Ao constituinte se faz necessária a referência a termos não jurídicos (de origem popular ou técnico-científica) em virtude da ausência de termos próprios no vernáculo jurídico preexistente que lhe permita expressar o desígnio constitucional. A vagueza semântica é inerente (e inevitável) à tarefa de normatização generalizadora exercida pelo constituinte. Ao estabelecer competências para instituir impostos sobre a “renda”, a “importação”, a “propriedade”, os “serviços de qualquer natureza”, estava o legislador constituinte de 1988 a considerar uma série de razões e finalidades de ordem política, econômica e social que não podiam ser expressas por meio do vernáculo jurídico preexistente. À exceção da “propriedade”, os demais impostos incidem sobre fatos definidos pelo Constituinte a partir de termos não exclusivos ao direito. Para se compreender o que é “renda”, “serviços de qualquer natureza” ou “circulação”, não cabe ao legislador infraconstitucional ou ao intérprete jurídico limitar sua investigação a termos previamente existentes na legislação privada. A eles cabe verificar qual a intenção do constituinte ao empregar esses vocábulos e, a partir disso, delimitar (e assim juridicizar) o campo de competência tributária estabelecido no texto constitucional em termos gerais e não jurídicos.

Entender que o texto constitucional deve ser interpretado sempre à luz da legislação civil preexistente, como se o legislador constituinte não empregasse vocábulos não jurídicos ao desenhar competências tributárias, implica ignorar a importância da intenção do legislador constituinte (*mens legis*). Ainda mais grave, implica sugerir que o constituinte não teria liberdade para outorgar sentidos próprios a expressões que tenham em algum momento

anterior sido empregadas pelo legislador ordinário privado – e, mais do que isso, empregadas pelo legislador ordinário no contexto de normatização de relações privadas, não para fins de política tributária.

Uma interpretação constitucional adequada deve estar aberta à linguagem jurídica e não jurídica empregada no texto constitucional. A abertura cognitiva do intérprete jurídico aos subsistemas externos ao subsistema jurídico não corresponde à sobreposição do direito pela economia. Não se trata de fazer uma interpretação econômica do direito tributário, mas de se promover uma interpretação jurídica que considere o desígnio do legislador constituinte no contexto social, econômico e político em que está inserido.

3.3. O PROBLEMA DO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

A dogmática jurídica, como instância de auto-observação do sistema jurídico, tem por principal função promover a estabilização das expectativas normativas. Com efeito, nos tempos atuais, as disposições normativas, por seu caráter de generalidade (bem como em razão de sua assistemática), são compreendidas com muita dificuldade por seus destinatários. Cabe, pois, à dogmática jurídica, diante da pluralidade de sentidos possíveis decorrentes das disposições normativas, especificar os sentidos juridicamente viáveis, estabilizando expectativas quanto aos comportamentos que serão considerados, pelo próprio sistema, conformes ao direito (GONÇALVES, 2010a, p. 208).

Essa necessidade é ainda mais premente no direito tributário. A legislação tributária é modificada e renovada diariamente, a um volume impossível de acompanhar sem um alto grau de especialização profissional. A corrente privatista do direito tributário, contudo, implica inviabilizar a função social da dogmática jurídica em matéria tributária. Na prática atual, tanto a Constituição quanto as leis e os demais atos infralegais relativos à tributação tomam por referência conceitos econômicos usualmente refutados pela corrente privatista. Ao rejeitar o uso desses conceitos e reputar todos esses atos normativos ilegais ou inconstitucionais, a corrente privatista não se permite enxergar o direito e, por consequência, cumprir sua função de especificar conteúdos normativos tributários e orientar expectativas normativas.

O caso do ICMS é lapidar. Toda legislação relativa ao imposto foi construída sob a premissa de que por “operações com circulação de mercadorias” devem ser compreendidas as operações que envolvam circulação econômica de mercadorias. Ao rejeitarem essa interpretação, os adeptos da corrente privatista veem-se incapacitados de interpretar a legislação tributária. Com efeito, se parto da premissa de que a legislação tributária do ICMS é em sua maior parte inconstitucional, nego a possibilidade de que seja possível interpretá-la. O afastamento por inconstitucionalidade torna a dogmática jurídico-tributária cega à maioria das disposições legais relativas a esse imposto.

Assim, uma parte significativa da produção acadêmica sobre o ICMS se resume a afirmar a inconstitucionalidade de muitos dos dispositivos que disciplinam o imposto. Tal circunstância,

que até certa medida representaria uma postura democrática contrária a arbitrariedades estatais, acaba por tornar ainda menos certas as expectativas normativas quanto ao comportamento que é conforme ou não ao sistema jurídico. Exemplo curioso desse fenômeno pode ser encontrado em Roque Antonio Carrazza (2005). A obra se tornou referência em matéria de ICMS, mas substancial parte do texto cuida mais de sugerir diversas inconstitucionalidades relativas à instituição do imposto do que de compreendê-lo e explicá-lo. Ao rejeitar a legitimidade de diversas normas legais relativas ao ICMS, as tarefas de descrição e análise dessas regras ficam significativamente limitadas.

Tais leis tributárias, não analisadas na literatura jurídica por serem tidas inconstitucionais, são, contudo, normalmente aplicadas pelos contribuintes e pelos tribunais. Sendo rara a adesão pelo Judiciário das teses que pleiteiam tais inconstitucionalidades, o que se tem, na prática, é a adoção das leis tributárias pelos contribuintes, como se legítimas fossem.

O exacerbado distanciamento que a dogmática jurídico-tributária se colocou diante da realidade jurídica faz com que sua auto-observação consista, em verdade, na observação de algo diverso do que deveria observar. Não se observa o direito como ele é, mas como poderia ser. Gera-se pouca utilidade quanto à função que caberia à dogmática jurídica – a de especificar sentidos normativos e orientar a pluralidade de expectativas individualizadas a respeito dos comportamentos considerados conformes ao direito.²⁰

Essa lacuna obrigou outros profissionais – os contadores – a promover a interpretação das leis tributárias, profissionais devidamente habilitados nas ciências contábeis, mas pouco afeitos à interpretação jurídica. A premência de se aplicar a legislação tributária fez com que, ao invés de auto-observação, o direito fosse descrito por uma observação que lhe é externa (a dos profissionais da área contábil), revertendo, nesse aspecto, o processo evolutivo de diferenciação funcional da sociedade. Em vez de criar complexidade (tornando mais específicas e elaboradas as funções na sociedade) mediante a redução de complexidade (delimitação do objeto dos subsistemas pela autonomização funcional), faz o inverso, rompendo a delimitação por especialização (com profissionais contábeis exercendo funções que caberiam aos juristas) e diminuindo a capacidade do sistema jurídico de uma apropriada auto-observação.

• • •

²⁰ A esse respeito, Guilherme Leite Gonçalves (2010b, p. 65-64) esclarece: “O professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. retrata muito bem, no livro *Função social da dogmática jurídica*, o problema que Niklas Luhmann busca responder. Segundo este autor, a dogmática jurídica é uma conquista evolutiva, uma construção social destinada a solucionar o seguinte problema social: como orientar a pluralidade de expectativas individualizadas, a complexidade, sem eliminar a incerteza? O mecanismo que a própria sociedade desenvolve para resolver este problema é o direito e a dogmática jurídica”.

CONCLUSÃO

Parece ainda predominar na dogmática jurídica brasileira o que estamos aqui designando de interpretação privatista do direito tributário. A corrente privatista sugere que qualquer termo utilizado pelo legislador constituinte em dispositivos constitucionais deve ser interpretado necessariamente à luz de normas e conceitos do direito privado. Entende-se que, ao se interpretar competências tributárias fixadas na Constituição, devem-se em primeiro lugar decompor os termos da designação utilizada pelo constituinte, interpretar cada vocábulo de acordo com o direito privado vigente, para então recombina-los em uma frase completa. Assim, por exemplo, ao ler a previsão constitucional para a instituição do “imposto sobre serviços de qualquer natureza”, caberia ao intérprete do direito primeiro compreender o que “imposto”, “serviço” e “qualquer natureza” significam sob a ótica do direito privado para então recombina-los os significados desses vocábulos na formulação final da interpretação jurídica. Só assim, sugerem os defensores da escola privatista, poder-se-ia compreender o sentido que o constituinte pretendeu outorgar ao texto constitucional.

Esse procedimento, que pode para alguns se assemelhar mais a uma operação aritmética do que a uma interpretação jurídica, provavelmente faria pouco sentido para um intérprete de outra área do direito, mas tornou-se lugar-comum na dogmática jurídico-tributária brasileira. Essa linha de pensamento não apenas ignora a importância da intenção do legislador constituinte (*mens legis*) quanto parece sugerir que o constituinte não teria liberdade para outorgar sentidos próprios a expressões que tenham em algum momento sido definidas pelo legislador ordinário privado. Trata-se de uma inversão hierárquica, que limita a criação (e interpretação) constitucional de sentidos normativos àqueles já fixados em legislação infraconstitucional.

Essa postura interpretativa, que se iniciou na década de 1960, representou um movimento de repúdio à corrente interpretativa que então imperava e admitia a consideração de elementos econômicos na interpretação do direito tributário. Passou-se então a recorrer a definições do direito privado para evitar interpretações da legislação tributária que incluíssem conceitos ou categorias de origem econômicos e, com isso, dar maior segurança jurídica aos contribuintes em uma época de vigoroso autoritarismo estatal. Nos dias atuais, porém, longe de proteger a segurança jurídica, a interpretação privatista tem conduzido a inesgotáveis litígios judiciais e complexidades que afligem, antes de tudo, o próprio contribuinte.

Além disso, como se procurou demonstrar neste artigo, a interpretação privatista do direito tributário impossibilita a dogmática jurídico-tributária de cumprir sua principal função, a de promover a estabilização das expectativas normativas. Com efeito, nos tempos atuais, as disposições normativas são compreendidas com dificuldade por seus destinatários, em especial em matéria tributária, que tem sua legislação modificada e renovada diariamente, em um volume impossível de acompanhar sem um alto grau de especialização profissional. Cabe, pois, à dogmática jurídica, diante da pluralidade de sentidos possíveis decorrentes das disposições normativas, especificar os sentidos juridicamente viáveis, estabilizando

expectativas quanto aos comportamentos que serão considerados, pelo próprio sistema, conformes ao direito.

O que se percebe, contudo, é que a função social da dogmática jurídica não é devidamente exercida em matéria tributária. Voltada para afirmar a inconstitucionalidade de muitos dos dispositivos que disciplinam os impostos brasileiros, a corrente privatista deixa de tratar dos contornos das regras tributárias existentes que são cotidianamente aplicadas pelos contribuintes e tribunais como legítimas, gerando uma significativa lacuna quanto à demanda social por especificação de sentidos normativos e orientação quanto aos comportamentos considerados conformes ao direito tributário.

É certo que a interpretação jurídica não deve corresponder à sobreposição do direito pela economia. Não se trata, porém, de fazer uma interpretação econômica do direito tributário, mas de se promover uma interpretação jurídica que considere o desígnio do legislador constituinte, os elementos inerentes ao fenômeno da tributação e os fatos sociais por ela alcançados. Somente assim pode a dogmática jurídico-tributária exercer efetivamente sua função social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Tatiana Cristina Leite de. *Proposta de interpretação para os atos elisivos: dialogando com a filosofia da linguagem e com a teoria dos sistemas*. 2008. 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

ARAUJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos. *O artigo 110 do Código Tributário Nacional: alteração de conceitos e definições do sistema jurídico*. 2007. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ATALIBA, Geraldo; Giardino, Cléber. Núcleo da definição constitucional do ICM (operações, circulação e saída). *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 25/26, p. 101-119, jul./dez. 1983.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2000.

BRADSHAW, Alan. Sense and Sensibility: Debates and Developments in Socio-Legal Research Methods. In: THOMAS, Philip A. (coord.). *Socio-Legal Studies*. Brookfield, EUA: Dartmouth, 1997.

BRITO, Edvaldo. Interpretação econômica da norma tributária e o planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.

BROWNSWORD, Robin. Field, Frame, and Focus: Methodological Issues in the New Legal World. In: GESTEL, Rob Van; MICKLITZ, Hans-W; RUBIN, Edward L. (coords.). *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade*. 2011. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do direito e globalização econômica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. O absurdo da interpretação econômica do “fato gerador” – direito e sua autonomia – o paradoxo da interdisciplinariedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 441-456, jan./dez. 2007.

COVER, Robert M. Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, n. 1, p. 4-68, 1983.

DUBBER, Markus D. New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law. *Critical Analysis of Law*, v. 2. n. 1, 2015.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. Interpretação e integração da lei tributária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 40, p. 24-37, abr./jun. 1955.

FELDMAN, David. The Nature of Legal Scholarship. *The Modern Law Review*, v. 52, n. 4, p. 498-517, 1989.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Incerteza social e dogmática jurídica: limites da abordagem luhmanniana. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (coords.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010a.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Debate. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (coord.). *Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr*. São Paulo: Direito GV, 2010b. (*Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 3, maio/2010).

GRECO, Marco Aurélio. Crise do formalismo no direito tributário brasileiro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (coords.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010.

HAGE, Jaap. The Method of a Truly Normative Legal Science. In: VAN HOECKE, Mark (coord.). *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Portland: Hart Publishing, 2013.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (coords.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Nova York: Oxford University Press, 2004a.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (coords.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004b.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Da interpretação e aplicação das leis tributárias*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.

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

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A persistência do formalismo: uma crítica para além da separação de poderes. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (coords.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHMANN, Gerd Willi. O princípio da legalidade tributária. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 67, p. 231-268, 1972.

RUBIN, Edward L. Law and the Methodology of Law. *Wisconsin Law Review*, v. 1997, n. 3, p. 521-566, 1997.

SCORDATO, Marin Roger. Reflections on the Nature of Legal Scholarship in the Post-Realist Era. *Santa Clara Law Review*, v. 48, n. 2, p. 353-440, 2008.

SIEMS, Mathias M.; SÍTHIGH, Daithi Mac. Mapping Legal Research. *Cambridge Law Review*, v. 71, n. 3, p. 651-676, 2012.

SMITS, Jan. What is Legal Doctrine. In: GESTEL, Rob Van; MICKLITZ, Hans-W; RUBIN, Edward L. (coords.). *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

SUCHMAN, Mark C.; MERTZ, Elizabeth. Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 555-579, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da não cumulatividade e o IVA no direito comparado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O princípio da não cumulatividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais/CEU, 2004. p. 140-141.

VACANTI, Rafael Cardoso. Interpretação econômica e o propósito negocial no sistema tributário brasileiro: uma análise a partir da teoria de Niklas Luhmann. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 140, p. 247-268, 2019.

VAN HOECKE, Mark. Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline? In: VAN HOECKE, Mark (coord.). *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Portland: Hart Publishing, 2013.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WALKER, Neil. The Jurist in a Global Age. In: GESTEL, Rob Van; MICKLITZ, Hans-W; RUBIN, Edward L. (coords.). *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

WESTERMAN, Pauline C. Open or Autonomous? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law. In: VAN HOECKE, Mark (coord.). *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Portland: Hart Publishing, 2013.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

OZAI, Ivan. Crítica à interpretação privatista no pensamento tributário brasileiro. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2227. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202227>

Ivan Ozai

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA YORK UNIVERSITY (OSGOODE HALL LAW SCHOOL), EM TORONTO.
DOUTOR EM DIREITO PELA MCGILL UNIVERSITY, EM MONTREAL.
MESTRE EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP).

iozai@yorku.ca

Armonización entre derechos humanos e inversión extranjera en Latinoamérica a través de tribunales arbitrales de inversión, a partir de la teoría de Neil MacCormick

HARMONIZATION BETWEEN HUMAN RIGHTS AND FOREIGN INVESTMENT IN LATIN AMERICA, THROUGH THE ARBITRATION INVESTMENT TRIBUNALS, BASED ON NEIL MACCORMICK'S THEORY

HARMONIZAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NA AMÉRICA LATINA, POR MEIO DE TRIBUNAIS DE ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS, COM BASE NA TEORIA DE NEIL MACCORMICK

María Alejandra Arévalo Moscoso¹

Resumen

El artículo propone, desde una metodología interpretativa, que los tribunales de inversión pueden contribuir a la armonización entre Derechos Humanos y el Derecho Internacional de las Inversiones haciendo uso de la teoría de argumentación jurídica de Neil MacCormick. Este muestra que una interpretación inclusiva de derechos humanos en asuntos de inversión es un “problema de interpretación” que exige una “justificación de segundo orden”. Para ello, presenta “argumentos de consistencia”, “argumentos de coherencia” y “argumentos consecuencialistas” que podría usar la práctica arbitral en sus fallos para cumplir con los requisitos de universalidad, coherencia y consistencia, necesarios en este tipo de justificación. Entre ellos, se destacan como argumentos que ambos regímenes (derechos humanos e inversión extranjera) no son contradictorios ni excluyentes; que la armonización asegura la coherencia de valores dentro del sistema jurídico internacional; y que la función arbitral, por su naturaleza dinámica, es un ente protagónico favorecedor de la armonización. Finalmente, se concluye que la teoría de justificación de decisiones jurídicas de MacCormick da respuesta a una de las necesidades propias del pluralismo legal contemporáneo sobre fragmentación del derecho internacional, favoreciendo el acercamiento entre derechos humanos e inversión extranjera a partir de la función arbitral.

Palabras clave

Armonización; derechos humanos; inversión extranjera; MacCormick; justificación de decisiones jurídicas.

Abstract

From an interpretative methodology, this article proposes that arbitrators can contribute to the harmonization between Human Rights and International Investment Law, based on MacCormick's theory. This shows that an inclusive interpretation of human rights in investment matters is an “interpretation problem” that requires a “second-order justification.” To do this, it presents “consistency arguments”, “coherence arguments” and “consequentialist arguments” that arbitration practice could use in its cases to comply with the universality, coherence, and consistency requirements, necessary in this type of justification. Among others, the paper stands out as arguments that both regimes (human rights and foreign

investment) are not contradictory or exclusive; that harmonization ensures the coherence of values within the international legal system; and that the arbitration function, due to its dynamic nature, is a leading entity that favors harmonization. The conclusion suggests that MacCormick's theory of legal reasoning responds to one of the needs of contemporary legal pluralism about the fragmentation of international law, favoring the rapprochement between human rights and foreign investment based on the arbitration function.

Keywords

Harmonization; human rights; international investment; MacCormick; legal reasoning.

Resumo

A partir de uma metodologia de pesquisa interpretativa que percorre a teoria da argumentação de Neil MacCormick, este artigo abrange a contribuição na harmonização jurídica entre direitos humanos e direito internacional do investimento desenvolvida pelos tribunais de investimento. A perspectiva da interpretação inclusiva dos direitos humanos em questões de investimento é um "problema de interpretação" que requer uma "justificativa de segunda ordem". Para tanto, apresenta os "argumentos de consistência", os "argumentos de coerência" e os "argumentos consequencialistas" que a prática arbitral poderia adotar para estruturar suas decisões visando atender aos requisitos de universalidade, coerência e consistência, indispensáveis nesse tipo de justificativa. Destacam-se os seguintes argumentos: ambos os regimes (direitos humanos e investimento estrangeiro) não são contraditórios ou exclusivos; a harmonização garante a coerência dos valores dentro do sistema jurídico internacional; e a função de arbitragem, naturalmente dinâmica, é uma entidade líder que favorece a harmonização. Em suma, conclui-se que a teoria de justificação das decisões judiciais de MacCormick atende a uma das necessidades do pluralismo jurídico contemporâneo na fragmentação do direito internacional, favorecendo a aproximação entre direitos humanos e investimento estrangeiro com sustento na função de arbitragem.

Palavras-chave

Harmonização; direitos humanos; investimento estrangeiro; MacCormick; justificativa das decisões judiciais.

INTRODUCCIÓN¹

Hasta la década de los 80, América Latina se había caracterizado por un proteccionismo estatal, marcado por su renuencia sobre la apertura hacia la inversión extranjera directa y al

• • •

1 Este artículo es el resultado de la investigación del proyecto "Armonización entre el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos en Latinoamérica, a través de los tribunales arbitrales internacionales de inversión, a partir de la teoría de Neil MacCormick" (Cod. Investigar PUJ 1009, Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia).

acceso a mecanismos internacionales de solución de controversias entre Estados receptores de inversiones e inversionistas extranjeros. Los ordenamientos jurídicos regionales privilegiaban la aplicación de la cláusula Calvo y la Doctrina Drago, cuya naturaleza negaba que los nacionales de otros países tuvieran derechos y privilegios especiales en cuanto a los reclamos de extranjeros contra los Estados receptores, de tal manera que los conflictos debían dirimirse exclusivamente mediante el uso de los recursos y tribunales dispuestos por la legislación interna (SUÑÉ, 2015, p. 193). No obstante, a partir de los años 90, la región se vio inmersa en un proceso de transformación, permeado por aires de globalización, liberalización comercial y financiera, y apertura económica, materializados, en parte, en el consenso de Washington que propugnaba, entre otras reformas estructurales, una liberalización de la inversión extranjera directa. Como consecuencia, los Estados comenzaron a fortalecer sus políticas de atracción a la inversión extranjera, a flexibilizar sus ordenamientos jurídicos, y a favorecer la suscripción de tratados bilaterales en materia de inversiones (TBI), cuya finalidad radica en la protección de las inversiones en los países receptores. Esta práctica se convirtió en una regla imperante en casi toda la región, permitiendo así la movilización de grandes recursos, capital y fuentes de financiación extranjeros, produciendo como resultado una proliferación de TBI, muchos de los cuales atribuían competencia a instituciones internacionales, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), para administrar la solución de conflictos inversionista-Estado receptor.

Desde aquellas épocas, el auge del favorecimiento de las inversiones extranjeras ha convivido con una realidad latente y en ocasiones generadora de tensiones en los países latinoamericanos: el fortalecimiento del régimen de protección interamericano de los derechos humanos. La existencia de diversos procesos dictatoriales en la región que devenían de las décadas de los 60 y 70 (especialmente del cono sur) y los conflictos armados no internacionales que se presentaron en Centroamérica en el mismo periodo, una vez finalizados, despertaron un auge de la protección y garantía de derechos humanos, gracias al papel de órganos de protección internacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (Caso Argentina 1979) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Casos Honduras, Guatemala y Perú).

La entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en 1978, facilitó a varios países de América del Sur una transición hacia una democracia constitucional más garantista; y la resolución de luchas históricas, conflictos armados, salvaguardia de comunidades indígenas y campesinas, entre otros temas, tratados en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), motivaron una reformulación estructural del direccionamiento estatal, que pasó a ser un fuerte garante del bienestar colectivo, y la defensa de los derechos humanos (ABRAMOVICH, 2009, p. 18). Desde su nacimiento, la Corte IDH se ha dado a la tarea de difundir la obligatoriedad del SIDH bajo la doctrina del Control de Convencionalidad que, desarrollado desde la propia jurisprudencia de esta Corte, obliga a los Estados a adaptar su ordenamiento jurídico interno no solo a las

disposiciones de la CADH, sino también a la interpretación que de ella hace la Corte IDH, ya sea en sus sentencias o en sus opiniones consultivas. Si bien, en la actualidad, ambos regímenes internacionales (inversión extranjera y derechos humanos) son ampliamente considerados en las jurisdicciones internas y en las actuaciones estatales en América Latina, ha sido la práctica del régimen de protección de los derechos humanos la que ha determinado el fortalecimiento del derecho internacional en la región, creando un contexto *sui generis* y una doctrina propia latinoamericana del derecho internacional (TRINDADE y VIDAL, 2003, p. 58), caracterizada por su heterogeneidad cultural, política, social y geográfica que exige especial énfasis en la protección de derechos humanos. Así, tal interrelación entre el régimen interamericano de protección de derechos humanos y el régimen de inversiones exige una armonización y coordinación entre los dos sistemas en Latinoamérica.

Empero, el problema radica en que los tribunales arbitrales internacionales, al interpretar y resolver disputas entre inversionistas y Estados receptores de inversión en Latinoamérica, han omitido considerar la interrelación entre ambos regímenes, esto es, entre las obligaciones internacionales del SIDH y las obligaciones internacionales contenidas en los TBI, Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), Tratados de Libre Comercio (TLC) o contratos de inversión. Según exponen Polanco y Mella (2018), hasta el momento los tribunales arbitrales no han profundizado lo suficiente en la interconexión entre derechos humanos e inversiones, en especial en América Latina, impidiendo el aprendizaje recíproco de lecciones.

Los tribunales arbitrales, en su interpretación y resolución de conflictos sobre arbitraje internacional de inversiones, solo han delineado delgados puntos de encuentro entre ambos regímenes y, en la mayoría de ocasiones, han evitado referirse a la protección de los derechos humanos, apelando a la competencia material restringida que les es conferida por los TBI o APPRI, muchos de los cuales, como el Tratado de la Carta de la Energía (TCE), no incluyen entre sus disposiciones temas de derechos humanos. Investigaciones de Kube y Petersmann (2016) demuestran que la práctica arbitral se ha referido *ex officio* a asuntos de derechos humanos solo ocasionalmente; que los tribunales arbitrales asimilan el reconocimiento de derechos humanos como el derecho al debido proceso, tomándolo más como metodología y principio de equidad y equilibrio procesal, que como un enfoque integral de derecho (*right-based approach*), el cual implica la integración de los derechos humanos como un régimen legal autónomo compuesto por derechos legalmente exigibles. La única excepción a esta tendencia general es el derecho de propiedad, mientras que otros derechos humanos sustantivos, como los derechos indígenas o el derecho al agua, no se toman en consideración.

Este inconveniente implica que, en el curso de la controversia arbitral de inversión, cuando un inversionista apela a la protección de su inversión como garantía del derecho humano a la propiedad, o cuando un Estado receptor de una inversión invoca como defensa ante el incumplimiento de los estándares de protección a las inversiones extranjeras el cumplimiento de obligaciones interamericanas en materia de protección de derechos humanos, los tribunales

arbitrales se apegan a la independencia de estos regímenes jurídicos y desconocen su interconexión, conllevando a la desprotección de la inversión como derecho humano (bajo el concepto de propiedad) o atribuyendo responsabilidad internacional a un Estado que quebrantó sus obligaciones internacionales contenidas en acuerdos o contratos de inversión por evitar afectaciones a derechos humanos (ARENAS, 2015).

Esta interpretación independiente y desconectada entre derechos humanos e inversiones por parte de los tribunales arbitrales en Latinoamérica ha generado, en la práctica, un choque de valores (LATORRE, 2016, p. 130) cristalizado por dos fuentes de derecho distintas: el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos, dificultando la protección de derechos humanos *vis a vis* con la protección a las inversiones extranjeras, especialmente en casos en los cuales una inversión foránea confluye con el amparo a sujetos y/o materias protegidas por los derechos humanos: individuos, colectividades o recursos naturales (*v.gr.* privatización de servicios públicos, concesiones para la explotación de recursos no renovables en territorios indígenas o tribales).

El problema aquí planteado constituye un problema de interpretación jurídica, en el cual armonizar derechos humanos e inversión extranjera enfrenta a los tribunales arbitrales a un caso difícil de interpretación del derecho, que les exige apartarse de los criterios de interpretación ya establecidos en los precedentes arbitrales, y formular nuevas interpretaciones inclusivas. A partir de esta consideración, es viable vincular el problema aquí esbozado con las *teorías de argumentación jurídica*, campo que se cataloga como uno de los principales centros de interés de la actual teoría y filosofía del derecho (ATIENZA, 2005, p. 106). Entre las diversas teorías formuladas en los últimos años, la teoría *de justificación de decisiones jurídicas* de MacCormick ha tenido gran acogida y difusión, pues aborda uno de los problemas centrales de la teoría moderna del derecho: cómo justificar racionalmente una decisión jurídica en casos difíciles, casos en los cuales el juez requiere la formulación de nuevas reglas. La teoría de MacCormick se destaca por su afán integrador que trata de recoger la práctica judicial positiva, para reformularla normativamente conforme a una perspectiva crítica y una realidad compleja y dinámica; esta no solo se preocupa por comprender qué hacen los jueces, sino cómo deberían actuar en un marco normativo realista y pragmático (SUÁREZ-LLANOS, 2006, p. 177).

En mérito de todo lo esbozado, el presente artículo busca establecer el modo en que los tribunales arbitrales internacionales de inversión, mediante su interpretación y resolución de controversias sobre inversión extranjera, pueden contribuir a la armonización entre el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos en Latinoamérica, a partir de la teoría de Neil MacCormick.

Para el alcance de ese objetivo, en primera instancia se delimitará el *status* actual de la interrelación entre inversión extranjera y derechos humanos en Latinoamérica y su falta de reconocimiento en los fallos de arbitraje de inversión, identificándose los efectos, para los

Estados receptores de la inversión, del no reconocimiento de dicha interrelación. Posteriormente, se establecerá la manera en que la teoría de MacCormick permitirá armonizar el régimen de protección a la inversión extranjera y el régimen de protección de derechos humanos en Latinoamérica, proponiéndose criterios de interpretación y resolución de controversias sobre inversión extranjera que deben ser usados por los tribunales arbitrales para alcanzar tal armonización. Para finalizar, se presentarán algunas conclusiones.

I. STATUS ACTUAL DE LA INTERRELACIÓN ENTRE INVERSIÓN EXTRANJERA Y DERECHOS HUMANOS EN FALLOS DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN LATINOAMERICANOS Y EFECTOS PARA LOS ESTADOS ANFITRIONES

El marco jurídico de protección de los derechos humanos en Latinoamérica impone a los Estados el deber de garantizar la plena vigencia de los mismos, asumiendo como agente obligaciones inherentes de respeto y garantía de tales derechos, según lo establece la CADH en sus artículos 1º y 2º (OPINIÓN CONSULTIVA OC/6-86, 1986). A estas dos obligaciones se suma el deber de adopción de medidas internas, que compromete a los Estados a adoptar medidas legislativas y de cualquier otro tipo para hacer efectivos los derechos reconocidos en el sistema interamericano (CASO CASA NINA vs. PERÚ, 2020, p. 30).

Este contexto de respeto y garantía de derechos humanos convive con las obligaciones internacionales emanadas de los TBI y APPRI, los cuales reconocen como estándares de protección de las inversiones el “Trato Justo y Equitativo”, la “Protección y Seguridad Plena”, “No Discriminación” y “Expropiación Lícita” (REINISCH, 2008). Estos estándares implican la obligación de un Estado de actuar de manera transparente y razonable, sin arbitrariedad, de manera imparcial, para respetar las expectativas legítimas de los inversores (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT UNCTAD, 2012); el deber de proteger la inversión de los efectos adversos (SCHREURER, 2010, p. 1); el respeto a los principios de Trato Nacional y Nación Más Favorecida (HUBER, 2017); y la prohibición de expropiación ilícita (RATNER, 2017, p. 7).

Esta realidad jurídica latinoamericana, enmarcada por este binomio, ha tenido efectos en los contextos de los Estados miembros del SIDH, generando una interrelación entre el SIDH y el Derecho Internacional de las Inversiones (DII) (CASO COMUNIDAD INDIGENA SAWHOYAMAXA vs PARAGUAY, 2006, p. 75). Así, importante porcentaje de los Estados de la región tienen comprometida su responsabilidad internacional en los dos frentes, por lo cual varios arbitrajes precedentes tienen como objeto de la controversia situaciones de tensión o interrelación entre derechos humanos y DII.

Pese a ello, los tribunales arbitrales de asuntos latinoamericanos sobre inversión extranjera no han analizado en profundidad tal situación. Ello al margen de que solo la minoría de los TBI vigentes hacen referencia a asuntos de derechos humanos o medioambiente, siendo su abordaje débil y limitado al preámbulo de los tratados, ante la falta de acceso a los mecanis-

mos de resolución de disputas permitidos por los TBI por incumplimiento de asuntos por fuera de los estándares de protección de las inversiones (GUNTRIP, 2016).

En un estudio realizado por Arévalo y Núñez (2020, p. 235) sobre el abordaje de derechos humanos por parte de tribunales de inversión en controversias sobre servicios públicos en Latinoamérica, se identificaron solo tres casos en los cuales el tribunal arbitral apeló a los derechos humanos en la estructuración de su argumentación jurídica; en todo caso, los autores concluyen que los tribunales son renuentes a plantear una relación directa entre derechos humanos e inversión extranjera, y pese las referencias a los derechos humanos, continúan abordando el derecho internacional de las inversiones como *lex specialis*, como un sistema cerrado con poca apertura hacia otros regímenes del Derecho Internacional.

En ciertos asuntos arbitrales, se ha negado u omitido la relación entre Derechos Humanos e inversión extranjera. Así, el tribunal *ad hoc* que conoció la anulación del caso *Azurix vs. Argentina* (2003, p. 102) al decidir sobre la aplicación analógica por parte de Argentina al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), descartó la interrelación entre tratados de inversiones y tratados con disposiciones diferentes, señalando que comparaciones con tratados distintos a inversiones son de poca utilidad. En el caso *Impregilo vs. Argentina* (2011, p. 82), aunque el Estado señaló la necesidad de una interpretación armónica entre inversiones y derechos humanos, en particular con el derecho humano al agua, el tribunal no hizo referencia expresa a derechos humanos en su análisis, limitándose a desarrollar lo pertinente al estado de necesidad. En otros casos, los tribunales arbitrales han referido instrumentos de protección de derechos humanos, y jurisprudencia de derechos humanos, meramente como mecanismos de interpretación y delimitación del alcance de conceptos como proporcionalidad en el marco del interés público² o cláusulas de excepción.³

Los mayores avances en el reconocimiento de la conexión entre derechos humanos e inversiones se presentan en casos en los cuales se ha reconocido la conexión entre ejercicio del poder policial del Estado con la protección de derechos humanos,⁴ o en litigios en los

...

2 En el caso *Tecmed vs. México*, el tribunal se refirió a la proporcionalidad de las medidas potencialmente expropiatorias con las exigencias del interés público presuntamente tutelado, haciendo uso de la jurisprudencia en materia de derechos humanos como medio de interpretación de las obligaciones que deben ser garantizadas a los inversores con respecto a las expropiaciones de propiedades. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2*.

3 En el caso *El Paso vs. Argentina*, el tribunal rechazó la defensa de necesidad de Argentina frente a los reclamos de El Paso a partir del artículo 27 de la CADH y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que demuestra que las cláusulas de emergencia están lejos de ser auto-juzgables. *El Paso Energy International Company vs. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15*.

4 En el caso *Philip Morris vs. Uruguay*, el tribunal consideró que la adopción de las medidas impugnadas en Uruguay es entendida como un ejercicio válido del poder policial del Estado de protección de la salud

que los tribunales arbitrales han posicionado ambos regímenes en condiciones de igualdad, reconociendo que las obligaciones en materia de derechos humanos e inversión no son mutuamente excluyentes;⁵ y que ambos sistemas vinculan tanto a Estados receptores de inversión como inversionistas, sin que ello implique una transferencia de las responsabilidades de respeto y garantía de derechos humanos hacia particulares.⁶

Con todo, se evidencia la falta de profundidad por parte de los tribunales en el abordaje de la interrelación entre Derechos Humanos y DII, lo cual genera una exigencia de comportamientos incompatibles para los Estados receptores de inversión en Latinoamérica, quienes enfrentan un dilema en materia de cumplimiento de obligaciones internacionales: si introducen una medida regulatoria para asegurar la vigencia de derechos humanos, corren el riesgo de infringir estándares de protección de las inversiones extranjeras; si no introducen esas medidas, pueden ser objeto de reclamos por parte de los afectados directos de tal omisión (BOHOSLAVSKY y JUSTO, 2011). Esta encrucijada es inadvertida por los tribunales arbitrales, quienes enfocan su análisis en el marco jurídico estricto del derecho internacional de las inversiones (*lex specialis*), condenando a los Estados al pago de indemnizaciones sin considerar el contexto amplio de los casos en cuestión.

Un ejemplo de lo comentado se evidencia en el caso de Argentina, que se vio enfrentada a varias controversias internacionales por incumplimiento de obligaciones consagradas en los TBI, en el marco de la crisis institucional, social y económica entre 1998 y 2002. En sus escritos de defensa, el Estado basó sus argumentos en la supremacía constitucional de los derechos humanos en el derecho argentino,⁷ empero los argumentos de Argentina no fueron acogidos

...

pública. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. vs. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

5 En el caso *Vivendi vs. Argentina*, el tribunal arbitral concluyó que el Estado está sujeto a obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y en materia de inversión, que ambos tipos de obligaciones no son mutuamente excluyentes. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

6 En la disputa *Urbaser vs. Argentina*, el tribunal reconoció la obligación conjunta entre inversionista-Estado en la protección de derechos humanos, y señaló que el TBI debe interpretarse en armonía con otras normas del derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos. Pese a este reconocimiento, el tribunal expresó que ello no implica que ninguna de las disposiciones del TBI tiene el efecto de extender o transferir a la Concesionaria una obligación de suministrar los servicios, cumpliendo con el derecho humano de los habitantes de acceder a los servicios de agua y saneamiento. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26.

7 Ver laudo *Siemens A.G. vs. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8.

por los tribunales arbitrales, como se evidencia en el caso *Azurix vs. Argentina* (2003, p. 102) donde el tribunal señaló que “no logra comprender la incompatibilidad invocada en las circunstancias del caso [...]”, aunque curiosamente, al estudiar los efectos, intención y duración de las medidas de expropiación, el mismo se refirió a las conclusiones del tribunal en el caso *Tecmed vs. México* (2003) —en el cual este se orientó por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos—, y expresó que esos elementos adicionales brindan una orientación útil para los fines de determinar si las medidas reglamentarias serían expropiatorias y darían lugar al pago de una indemnización.

Otro efecto desfavorable para los Estados receptores de inversión tiene que ver con la posibilidad de que estos puedan verse tentados a entrar a un estado de enfriamiento regulatorio, esto es, la inhibición que sufren los Estados receptores de inversión para modificar y mejorar la regulación, pues temen de alguna manera las consecuencias legales que podrían sobrevenir (ROSE-ACKERMAN y ROSSI, 2000).

Adicionalmente, en los casos en que una inversión extranjera verse sobre la prestación de servicios de interés público en el Estado anfitrión, podría suceder que los Estados se vean enfrentados a un doble litigio: por un lado, ante un tribunal arbitral de inversiones por la presunta desprotección de estándares de inversión, resaltando que, en la actualidad, la interpretación de tales estándares suele ser expansiva y subestima las potenciales consecuencias negativas en los procesos decisorios estatales y otras cuestiones de interés público (MANN, 2006); pero, por otro lado, como resultado de falencias en la prestación del servicio público ofrecido por el inversionista, los Estados podrían ser demandados ante el SIDH por fallas en la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público (CASO ALBAN CORNEJO Y OTROS vs. ECUADOR, 2007, p. 35).

Ello implicaría que el Estado podría verse inmerso en el pago de una doble indemnización, cuyo monto en el derecho internacional de las inversiones es tasado sin consideraciones sobre actuaciones estatales de buena fe que pudiesen reducir su estimación. Ejemplo de ello se evidencia en el caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena vs. Costa Rica* (2000, p. 192), en el que el tribunal arbitral dispuso que “la expropiación por razones ambientales, aun cuando sea legítima y en línea con el interés público, no afecta la naturaleza ni la extensión de la indemnización que se debe conceder al inversor”.

La misma situación de doble litigio podría presentarse en casos donde la inversión se asienta en zonas con presencia de comunidades indígenas, como se demuestra en el ya citado caso de la *Comunidad Indígena Sawhoymaxá vs. Paraguay*, en el que Paraguay justificó la falta de concreción del derecho a la propiedad de los indígenas con el cumplimiento del TBI firmado entre Alemania y Paraguay. En el fallo, la Corte determinó que “el tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes ‘por causa del interés público’, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas” (CASO COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA vs. PARAGUAY, 2006, p. 75) y no consideró esto como suficiente para justificar la falta de materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad.

La disociación en laudos arbitrales entre Derechos Humanos e Inversiones también desalienta a los Estados demandados a invocar —potencialmente— como parte de su contestación vulneraciones a los derechos humanos cometidas por el inversionista, no con miras a exonerarse de la responsabilidad estatal en el régimen de inversiones, sino a demostrar que una inesperada y grave violación de derechos humanos excede lo que los Estados anfitriones podrían haber esperado del funcionamiento normal de la inversión y, por ende, permitiría demostrar que el Estado anfitrión actuó en el mejor interés de su población al vulnerar disposiciones del TBI (GUNTRIP, 2018, p. 7).

Con esto, es imperante que este acercamiento se agudice, siendo necesario formular estrategias para alcanzar una armonización entre los dos regímenes; por lo que enseguida se propondrá una estrategia de armonización entre el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos para Latinoamérica, cuyo enfoque se centra en la labor interpretativa de los tribunales arbitrales de inversión, y que presenta como eje articulador la teoría de Neil MacCormick.

2. DECISIONES ARBITRALES SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA INCLUSIVAS EN DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA A PARTIR DE LA TEORÍA DE NEIL MACCORMICK

MacCormick concibe el Derecho como un “ordenamiento normativo institucional” e incluye formas de orden estatales además de formas no institucionalizadas, dando pie a una suerte de pluralismo jurídico. Este provee marcos para contribuir a configurar el Estado y crear en el ámbito del Estado las condiciones para la existencia y florecimiento de la sociedad civil (MACCORMICK, 2009).

La teoría de MacCormick, tomando como base la teoría neoinstitucional del Derecho, ofrece una propuesta que articula una teoría argumentativa moderna y presenta herramientas de la labor judicial en el marco del Estado de Derecho constitucional actual y su amplia panoplia de derechos sustentados por principios, donde la justificación de un fallo es un proceso decisional razonado y razonable, orientado a completar una justificación interna de una decisión, con una justificación externa garante de la corrección de la resolución jurídica (SUÁREZ-LLANOS, 2006, p. 175).

Para el autor, basar el razonamiento legal en la teoría institucional del derecho debe entenderse como una declaración de inseparabilidad social del orden institucional con el concepto de interpretación, que requiere que el observador tome una posición interna en relación con el sistema legal (MACCORMICK, 2009). Así, la labor de argumentación es una enunciación de razones públicas por parte de las autoridades comprometidas con la justicia equitativa, que incorpora múltiples circularidades lógicas producto de una perspectiva comprensiva del fenómeno jurídico, visto como la dialéctica permanente entre lo que ha sido y lo que es considerado como establecido, y el continuo proceso dinámico de tratar de definir nuevos problemas satisfactoriamente (MACCORMICK, 1978).

Al desarrollar su teoría, el autor comienza estableciendo que el proceso de aplicar leyes es central para la actividad legal. El papel de un intérprete de la ley es ser guardián de la idea del Estado de Derecho (*Rule of Law*). Esta función permite asegurar, utilizando las herramientas interpretativas disponibles, la realización de los valores resultantes del funcionamiento del Estado de Derecho en un sistema jurídico dado (MACCORMICK, 2010, p. 28). Por ello, estudiar la estructura racional de este proceso es esencial para explicar el carácter del razonamiento legal (*legal reasoning*) como una rama del razonamiento práctico. Para él, el razonamiento legal involucra, al mismo tiempo, una justificación deductiva y elementos no deductivos, siendo estos últimos los que le otorgan el razonamiento legal, y muestran su paralelismo con el razonamiento moral, pues tanto el razonamiento moral como el razonamiento legal son subconjuntos del razonamiento práctico. El intento de hacer justicia en el foro legal se fundamenta en la concepción de la justicia, siendo una concepción moral o moralmente defendible de la justicia (MACCORMICK, 2008).

Según expone, el razonamiento legal está vinculado con la justificación, pues su función está vinculada con “lo correcto” en situaciones de elección; por ello, a menudo, la práctica judicial se ve enfrentada a “casos fáciles” y “casos difíciles”. Los primeros son de fácil resolución, pueden ser resueltos a través de una argumentación deductiva, en la cual las premisas causan la conclusión, *a contrario sensu* de los segundos, que requieren una argumentación de segundo orden, basada en la elección entre dos decisiones posibles. En todo caso, ambos escenarios requieren para su resolución el uso de los mismos métodos interpretativos y el uso de actividades judiciales interpretativas para alcanzar una decisión correcta (MACCORMICK, 2010, p. 278).

MacCormick divide los casos difíciles en *problemas de interpretación*, que se presentan cuando no hay duda sobre la normatividad aplicable, pero la norma en cuestión admite más de una lectura; *problemas de relevancia*, que plantean la discusión sobre la existencia o no de una norma aplicable al caso, por lo que afectan la premisa normativa; y *problemas de clasificación*, que se presentan cuando no existen dudas sobre la ocurrencia de determinados hechos primarios, pero se discute si estos pueden integrar o ser subsumidos en el supuesto de hecho de la norma.

Para la resolución de un caso, la justificación deductiva no es suficiente, sino que debe apelarse a una justificación de segundo nivel. En una justificación de segundo nivel, las decisiones jurídicas deben tener sentido en relación con dos aristas: **i)** en relación con el sistema jurídico, lo cual significa cumplir con los requisitos de consistencia y coherencia. El *requisito de consistencia* implica que la decisión se base en premisas normativas que no entren en contradicción con normas válidamente establecidas. El *requisito de coherencia* requiere el análisis si la norma puede subsumirse bajo una serie de principios generales o valores que configuren una forma de vida satisfactoria. La coherencia debe ser normativa y narrativa. La primera es un mecanismo de justificación que supone la idea de que el derecho es una empresa racional, está de acuerdo con la noción de universalidad y permite considerar las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido, porque promueve la certeza del derecho, ya

que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico —pero sí sus principios básicos—; mientras la coherencia narrativa, relevante para la justificación de conclusiones acerca de cuestiones fácticas, justifica las creencias sobre un mundo que es independiente de nuestras creencias sobre él. En la idea de coherencia normativa se basan dos tipos de argumentos para la resolución de casos difíciles: argumentos a partir de principios y argumentos por analogía (MACCORMICK, 1978). **ii)** Además, las decisiones jurídicas deben satisfacer el *requisito de la exigencia de justicia*, es decir, deben tener sentido en relación con el mundo, lo que significa que deben analizarse en relación con las consecuencias de las decisiones. La justicia formal se proyecta en dos dimensiones: una dimensión material que exige que la solución del caso responda a argumentos coherentes y consistentes respecto a casos similares dadas sus consecuencias; y una dimensión procedimental, que garantiza igualdad de oportunidad para las partes para presentar sus respectivos argumentos.

De este modo, para justificar la aceptabilidad del fallo que profiere, el juez está obligado a fundamentar su fallo en tres tipos de argumentos. En primer orden, el juez debe mostrar que la decisión se puede justificar, porque se deduce de una norma que tiene mejores consecuencias que cualquier otra norma posible; lo cual puede lograrse mediante los *argumentos consecuencialistas*, como son denominados por el autor. La argumentación jurídica —dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia— es esencialmente una argumentación consecuencialista. Los argumentos consecuencialistas hacen referencia entonces a las consecuencias de la norma universal que fundamenta la decisión. En segundo orden, y debido a que los argumentos consecuencialistas no son *per se* suficientes para justificar una decisión judicial, el juez debe apelar a los *argumentos de coherencia*, es decir, argumentos que demuestren que la decisión tomada se ajusta con el sistema jurídico en su conjunto, asegurando la coherencia de valores dentro de dicho sistema jurídico. Así, este tipo de argumento demuestra que la decisión concuerda con los valores legales incorporados en principios legales generales. Empero, los argumentos de coherencia no son suficientes para justificar su decisión; adicionalmente, se requiere que el juez presente argumentos que demuestren que la regla es consistente con el cuerpo de normas jurídicas existentes, ello mediante el uso de los *argumentos de consistencia*, los cuales permiten demostrar que una regla se ajusta a normas generales.

Por deseable que, en términos de coherencia o consecuencia, pueda parecer una decisión, esta no podrá adoptarse si no satisface el criterio de universalización como elemento esencial para la justificación de decisiones en el razonamiento práctico. La justificación de las decisiones jurídicas requiere la *universalización* de las razones propuestas para el fallo y la evaluación de la proposición universalizada por referencia a las consecuencias. No hay ninguna justificación sin universalización; la motivación no necesita universalización; pero la explicación requiere generalización. Para que los hechos particulares —o los motivos particulares— sean razones justificativas, tienen que ser subsumibles bajo un principio pertinente de acción enunciado universalmente (MACCORMICK, 2010, p. 99).

Ahora, si bien los jueces tienen la obligación primaria de respetar el precedente y de decidir un caso con supuestos similares, confrontándolo constantemente con decisiones anteriores, ello no implica que el precedente sea fuente inexcusable de derecho (MACCORMICK, 1998); el juez está facultado para apartarse de este apelando a la equidad como justicia, pues al tomar una decisión, este debe dar una justificación con un alcance que se extienda hacia el pasado (coherencia y consistencia), con miras a servir hacia el futuro (consecuencialismo), haciendo una evaluación razonable de las consecuencias en un *Corpus* de Derecho existente, aunque sea incompleto (MACCORMICK, 2010). Como señala el autor, el Derecho cambia un momento después de que un caso relevante es resuelto respecto de lo que era un momento antes (MACCORMICK, 1978).

A partir de lo anterior, y en procura de dar una solución al problema de investigación aquí tratado, se tiene que la armonización entre derechos humanos e inversión extranjera exige, por parte de los tribunales arbitrales, apartarse de los criterios de interpretación ya establecidos en los precedentes arbitrales, y formular nuevas interpretaciones inclusivas; de ahí que, para contribuir a la armonización entre ambos regímenes a partir de fallos arbitrales, resulta oportuno aplicar los postulados de MacCormick, quien plantea una defensa racional en los casos en que un juez debe ir más allá de las normas establecidas, y deba interpretar las normas ya existentes o formular nuevas reglas (FETERIS, 2011).

En este escenario, el árbitro se enfrentaría a la interpretación y resolución de un “caso difícil”, que, según la teoría de MacCormick, se clasificaría como un *problema de interpretación*, en tanto que no existe duda sobre la normatividad aplicable en la resolución de un conflicto de inversión —el derecho internacional de las inversiones—, pero la aplicación de los estándares de protección al inversionista en un caso particular demanda una interpretación comprensiva del derecho internacional de los derechos humanos. Así que el intento de armonizar derechos humanos e Inversiones, a partir de la interpretación del derecho internacional de inversiones desde una perspectiva ampliada que incluya el análisis del derecho internacional de derechos humanos, implica para los árbitros desarrollar una argumentación de segundo orden, esto es, una argumentación que tenga sentido en relación con el sistema jurídico (que cumpla con los requisitos de consistencia y coherencia) y en relación con el mundo (que cumpla con el requisito de consecuencialismo), que dé lugar a decisiones universalizadas, es decir, que evalúen cualitativamente los meritos de las posibles proposiciones universales rivales, buscando siempre una razonable concepción de justicia.

El *requisito de consistencia*, que exige que la premisa a aplicar no entre en contradicción con la normatividad vigente, se puede argumentar considerando que un análisis extensivo del DII que integre el análisis del cumplimiento de obligaciones en derechos humanos no entra en contradicción con los estándares de expropiación lícita, trato justo y equitativo, protección y seguridad jurídica válidamente establecidos por el sistema de inversiones. De hecho, tribunales arbitrales ya han coincidido con esta postura en los casos *Aguas Argentinas S.A.*, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* y *Vivendi*, como se planteó en acápites anteriores, donde

el tribunal expresó que ambos tipos de obligaciones no son mutuamente excluyentes, por lo que el Estado debió respetar ambos tipos de obligaciones. Así, constituiría *argumento de consistencia* señalar que ambos regímenes pertenecen a un mismo orden —el derecho internacional—, lo cual conlleva a que compartan puntos de contacto entre ellos (DUPUY, 2009); además, tanto el sistema internacional de solución de disputas de inversión como el régimen de derechos humanos comparten como característica común fundamental el desarrollo de normas jurídicas e instituciones para compensar la asimétrica relación jurídica entre los individuos y los Estados (PETERSMAN, 2009). Finalmente, la evolución del derecho internacional en la era de la globalización está promoviendo una convergencia natural y progresiva entre los derechos humanos y el derecho de inversión, en tanto que ambas ramas del derecho son la expresión de la internacionalización de los asuntos internos (MONTEAGUDO, 2013), lo cual comulga con la noción de universalidad que considera el derecho como una normatividad en conjunto.

El *requisito de coherencia*, que exige demostrar que la decisión tomada se ajusta con el sistema jurídico en su conjunto, y que la decisión concuerda con los valores legales incorporados en los principios legales generales, se puede satisfacer en tanto que la armonización entre derechos humanos e inversión extranjera asegura la coherencia de valores dentro del sistema jurídico internacional, y permite concebir el derecho como una “empresa racional” que considera las normas en conjunto, sin separarlas. Esto, en otras palabras, implica concebir el derecho internacional como un conjunto de normas armónicas. Desde esta perspectiva, los árbitros podrían plantear como *argumento de coherencia* el hecho de que un mayor diálogo entre los cuerpos y tribunales involucrados en la resolución sobre inversiones, por un lado, y derechos humanos, por el otro, permite forjar un mayor grado de sustentabilidad en el derecho internacional y las obligaciones de ambos regímenes (BOHOSLAVSKY y JUSTO, 2015). Aunado a ello, valdría argumentar que es imperioso avanzar hacia un diálogo más interpretativo para eliminar la “visión miope” entre derechos humanos e inversiones y resolver tensiones entre esta área y regímenes especiales del derecho internacional. La incorporación del tratamiento de derechos humanos en laudos arbitrales concuerda con la pretensión de armonización de los regímenes internacionales especiales y desvanecimiento del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional (BURKEWHITE, 2015). Junto a esto, la armonización de las normas jurídicas en el derecho internacional reviste las particularidades de los denominados *hard-cases* de Dworkin, aquellos casos en los que no existe una solución inequívoca aplicando las reglas convencionales existentes (SANTOS-PÉREZ, 2003); y, dada la ausencia de una respuesta clara por parte del derecho internacional, su tratamiento requiere la intervención de la interpretación como herramienta facilitadora para cualquier intento armonizador.

Así, la expansión de la actual *lex specialis* de que trata el DII sigue a la *coherencia normativa* exigida por MacCormick, puesto que permite considerar a ambos regímenes no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido, de acuerdo con la noción de universalidad del derecho internacional. La inclusión del análisis de los derechos humanos en asuntos de arbitraje de inversión es coherente en tanto que atiende y concuerda con los principios

generales de universalidad e inviolabilidad de los derechos humanos y los dispositivos de interpretación evolutiva y progresividad, lo que se traduce en valores deseables, legítimos y valiosos (BOHOSLAVSKY y JUSTO, 2015), en una sociedad donde el marco de respeto y protección de los derechos humanos se ha extendido al ámbito empresarial, bajo la consideración de que este puede tener un impacto negativo sobre prácticamente todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales con otras partes (UNITED NATIONS, 2011, p. 16). El respeto a los derechos humanos institucionalizados es una condición de la justicia; estos, como dice MacCormick, se definen en un valor transversal para alcanzar la justicia, en un contexto donde los jueces deben fallar en la búsqueda de equidad (MACCORMICK, 2009), de ahí que la inclusión de una perspectiva de derechos humanos en fallos de inversión se alinea con la función judicial.

Al analizar el cumplimiento de la exigencia de justicia formal —*consecuencialismo*— que plantea MacCormick, la armonización de los dos regímenes a partir de fallos arbitrales implica analizar las consecuencias de las decisiones de los árbitros en relación con el mundo. En este punto, y en línea con una argumentación consecuencialista, es válido apelar a la función actual de los tribunales arbitrales, para lo cual se resalta la visión de Kingsbury y Schill (2009), quienes han señalado que los tribunales de inversión contribuyen a la formación de “*un cuerpo de derecho administrativo global*” que guía el comportamiento de los Estados, que ayuda a definir los estándares mundiales de buena gobernanza y el Estado de Derecho que son exigibles por parte de inversionistas extranjeros a Estados receptores de inversión. Así, proponer a los árbitros como entes protagónicos de la armonización significa reducir directamente la fragmentación institucional; apelando, además, a que la actividad jurisdiccional responde bien a las exigencias de “fluidez” de la globalización, por su naturaleza esencialmente policéntrica, y por ser apta para conectar sintéticamente intereses privados y respuestas públicas, particulares y generales, y atender las necesidades actuales de la internacionalización del derecho que se renueva para permitir la convivencia entre lo diverso y armonía entre lo que es diferente, privilegiando el juego de la “interactividad” y el diálogo (ZACCARIA, 2010). Esto máxime, si se tiene en cuenta que, si bien los precedentes arbitrales no crean jurisprudencia, estos contribuyen a la acumulación de un cuerpo de conceptos que ejercitan una considerable influencia sobre decisiones arbitrales posteriores, sobre la actividad legislativa, y sobre la actividad misma de los actores sociales involucrados en su conjunto (ROBERTS, 2010).

Considerando que, bajo la teoría de MacCormick, es menester además evaluar el posible impacto de un determinado cambio en las reglas generales del Derecho o la implementación de una nueva regla (MACCORMICK, 2010), se tiene que la armonización entre los dos regímenes conlleva un efecto positivo no solo frente a la actual fragmentación del derecho internacional y la necesidad de interacción entre regímenes (PETERS, 2017), sino también frente a la falta de acoplamiento del derecho internacional de las inversiones con necesidades

contemporáneas orientadas hacia el desarrollo e innovación sostenible, que requieren un sistema alineado con la protección y respeto hacia los derechos humanos, la protección al medioambiente (EVANS *et al.*, 2017), y la redistribución del beneficio social hacia países en vía de desarrollo receptores de inversión (ANEEL, HAROON y NIAZI, 2020).

Finalmente, lo aquí planteado no atentaría contra la competencia de los árbitros, ni pondría en riesgo el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral en los términos de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (New York, 1958) bajo el argumento de que incluir en el laudo el análisis de los derechos humanos en asuntos de arbitraje de inversión sería tratar una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contendría decisiones que exceden los términos del compromiso o la cláusula compromisoria, en tanto que la tesis aquí planteada consiste en una interpretación extensiva del régimen de inversión extranjera inclusiva de derechos humanos en laudos arbitrales, sin que se pretenda proponer que los tribunales arbitrales determinen la responsabilidad internacional de los Estados o de los inversionistas por incumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos. Así, se trata de proponer que los árbitros ejerciten una suerte de “activismo judicial” y vayan más allá de los concretos términos de un acuerdo para tener en cuenta, como parte de un específico *ius non dispositivum*, los problemas que afectan a los derechos humanos. Se trata de proponer una fórmula de consecución de una compatibilidad simple entre los diversos fragmentos del Derecho Internacional (TEUBNER, 2005).

CONCLUSIONES

Los tribunales arbitrales, en su interpretación y resolución de conflictos sobre arbitraje internacional de inversiones, solo han delineado delgados puntos de encuentro entre ambos regímenes al referirse, por ejemplo, a la vulnerabilidad de los inversionistas al carecer de la facultad de ejercitar derechos políticos; o al utilizar precedentes de derechos humanos como criterio de interpretación para determinar el alcance de disposiciones de tratados de inversión. No obstante, mayoritariamente han evitado referirse a la protección de derechos humanos, apelando a la competencia material restringida que les es conferida por los TBI o APPRI, muchos de los cuales no incluyen entre sus disposiciones temas de derechos humanos.

Es imperante trabajar en la armonización entre DD.HH. y el régimen de inversiones en aras de no generar afectaciones a inversionistas, pero, sobre todo, a Estados receptores de inversión quienes pueden verse enfrentados a una paradoja de cumplimiento – protegen derechos humanos incumpliendo el régimen de protección de inversiones, o *viceversa*. Del no reconocimiento de tal interrelación puede derivarse el enfriamiento regulatorio, la existencia de doble litigio y doble condena en materia internacional, lo cual puede desincentivar el reconocimiento interno del régimen internacional de inversiones o el régimen internacional de derechos humanos.

Los tribunales arbitrales pueden contribuir a la relación armónica entre el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos en Latinoamérica a partir de la teoría postpositivista de la justificación de decisiones jurídicas de MacCormick, según la cual la deliberación jurídica es un proceso público que exige interpretación, y debe fundamentarse en argumentos consecuencialistas y decisiones universalizadas, en búsqueda de una concepción razonable de justicia.

En aplicación de la teoría del autor, el árbitro se enfrentaría a la resolución de un “caso difícil”, siendo este un *problema de interpretación*, cuya argumentación debe satisfacer los requisitos de restricciones de consistencia, coherencia y evaluación razonable de las consecuencias, exigidos en este tipo de justificación de segundo orden, propuesta por MacCormick. Esta teoría puede ser usada por los tribunales de inversión, en su práctica arbitral, planteando como *argumentos de consistencia* la no contradicción ni mutua exclusión entre el régimen de protección de derechos humanos y el régimen de inversiones, máxime si se tiene en cuenta que el actual entorno jurídico globalizado, caracterizado por la pluralidad y coexistencia de ordenes de índole estatal y no estatal, exige cada vez más la convergencia entre los distintos regímenes del Derecho Internacional.

Por otro lado, una interpretación extensiva del régimen de inversión extranjera que tenga en cuenta los derechos humanos se ajusta y concuerda con los valores legales propios del sistema internacional, siendo estos el respeto y protección de los derechos humanos desde una esfera extensiva a diversos sujetos del derecho internacional, en especial hacia empresas, constituyendo ello *argumentos de coherencia* bajo la óptica de MacCormick, en especial si se reconoce que una inversión foránea confluye en el amparo a sujetos y/o materias protegidas por los derechos humanos: individuos, colectividades o recursos naturales.

Lo aquí planteado debe enmarcarse bajo la óptica de una *argumentación consecuencialista*, que implica analizar las consecuencias de las decisiones arbitrales en relación con el mundo, para lo cual debe resaltarse la función actual de los tribunales arbitrales como un cuerpo administrativo global, que contribuye al fortalecimiento de estándares de buena gobernanza en la relación Estado-receptor de inversión e inversionista, capaz de entender y atender las necesidades actuales de la internacionalización del derecho.

Con todo, el pluralismo legal contemporáneo exige el desarrollo de mecanismos y prácticas para fomentar la compatibilidad normativa entre regímenes, de ahí que la propuesta de argumentación legal de segundo orden de MacCormick se constituye como una respuesta efectiva para reducir los efectos del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, posicionando a los cuerpos arbitrales de inversión, y a su función interpretativa, como entes protagónicos de esa labor en materia de derechos humanos e inversión extranjera.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, n. 63, p. 95-138, 2009. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2961>.

ANEEL, Sarah; HAROON, Uzma; NIAZI, Imrana. *Corridors of Knowledge for Peace and Development. Sustainable Development Policy Institute and Sang-e-Meel Publications*, Islamabad, 03 dic. 2019. Disponible en: https://sdpi.org/corridors-of-knowledge-for-peace-and-development/publication_detail.

ARÉVALO, María Alejandra; NÚÑEZ, Raúl Fernando. Derechos humanos e inversión extranjera. Abordaje de derechos humanos en laudos sobre servicios públicos en Latinoamérica. In: FUENTES-CONTRERAS, Édgar; RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *Método(s) y derecho(s): construcciones alternativas de líneas jurisprudenciales para derechos y garantías*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020. p. 209-240.

ARENAS, Miguel. Inversiones extranjeras y derechos humanos en América Latina: con especial referencia al derecho a la consulta de los pueblos indígenas. In: ÁLVAREZ-ZÁRATE, José Manuel. *¿Hacia dónde va América Latina respecto del Derecho Internacional de las Inversiones?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 315-340.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; JUSTO, Juan Bautista. Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 3, n. 5, p. 65-94, 2015. Disponible en: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/123>.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; JUSTO, Juan Bautista. *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Colección Documentos de Proyectos, enero, 2011. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3839/1/S2010980.pdf>.

BURKE-WHITE, William. *Relationships between the Investment Law*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2015.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Casa Nina vs. Perú*. Serie C, n. 419, 24 de noviembre de 2020.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Serie C, n. 149, sentencia del 4 de julio de 2006.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Serie C, n. 146, 29 de marzo de 2006.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-6 de 1986, la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Serie A, n. 6, 9 de mayo de 1986.

DUPUY, Pierre-Marie. Unification rather than fragmentation of international law? The case of International Investment law and Human Rights Law. In: DUPUY, Pierre-Marie; PETERSMANN, Ernst-Ulrich; FRANCONI, Francesco. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 45-62.

EVANS, Steve *et al.* Business Model Innovation for Sustainability: Towards a Unified Perspective for Creation of Sustainable Business Models. *Business Strategy and the Environment*, New York, v. 26, n. 5, p. 597-608, 2017.

FETERIS, Eveline. Fundamentos de argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales. *Ideas y Valores*, Bogotá, v. 60, n. 145, p. 155-163, 2011.

GUNTRIP, Edward. International investment law in an isolationist world: a human rights perspective. *Human Rights and International Legal Discourse*, Brussels, v. 12, n. 2, p. 138-152, 2018.

GUNTRIP, Edward. *The “De-Fragmentation” of International Investment Law and International Human Rights Law: A Procedural Basis for a Host State Human Rights Defence in ICSID Arbitration*. London: Brunel University London, 2016.

HUBER, Mark. Non-Discrimination and the Role of Regulatory Purpose in International Trade and Investment Law. *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, v. 20, n. 2, p. 431-435, 2017.

KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, New York, n. 09-46, 2009. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1466980.

KUBE, Vivian; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human Rights Law in International Investment Arbitration. In: GATTINI, Andrea; TANZI, Attila; FONTANELLI, Filippo. *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Boston: Brill Nijhoff, 2016. p. 221-268.

LATORRE, Derick. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho internacional de las inversiones: una relación dialéctica. *Arbitraje PUCP*, Lima, n. 6, p. 127-141, 2016. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17031>.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2010. (On-line.)

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2009. (On-line.)

MACCORMICK, Neil. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil. Precedent as a Source of Law. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, p. 177-185, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MANN, Howard. Implications of International Trade and Investment Agreements for Water and Water Services: Some Responses from Other Sources of International Law. *TDM: Transnational Dispute Management*, n. 5, 2006.

MONTEAGUDO, Manuel. The Right to Property in Human Rights and Investment Law: a Latin American Perspective of an Unavoidable Connection. *World Trade Institute, Working Papers* n. 6, p. 1-49, 2013.

PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 3, p. 671-704, 2017. doi: <https://doi.org/10.1093/icon/mox056>.

PETERSMAN, Ernst-Ulrich. Introduction and Summary: 'Administration of Justice' in International Investment Law and Adjudication? In: DUPUY, Pierre-Marie; PETERSMANN, Ernst-Ulrich; FRANCONI, Francesco. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 3-42.

POLANCO, Rodrigo; MELLA, Rodrigo. Investment arbitration and human rights cases in Latin America. In: RADI, Yannick. *Research Handbook on Human Rights and Investment*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 41-92.

RATNER, Steven. Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction. *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, v. 111, n. 1, p. 7-56, 2017. doi: <https://doi.org/10.1017/ajil.2016.2>

REINISCH, August. *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ROBERTS, Anthea. Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States. *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, v. 104, n. 2, p. 179-225, 2010. doi: <https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.104.2.0179>

ROSE-ACKERMAN, Susan; ROSSI, Jim. Disentangling Deregulatory Takings. *Virginia Law Review*, University of Virginia School of Law, Charlottesville, v. 86, n. 7, p. 1435-1495, 2000. doi: <https://doi.org/10.2307/1073877>

SANTOS-PÉREZ, María Lourdes. *Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin*. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, n. 26, p. 347-385, 2003. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.17>

SCHREURER, Christoph. Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press, v. 1, n. 2, p. 353-369, 2010. doi: <https://doi.org/10.1093/jnlids/idq002>

SUÁREZ-LLANOS, Leonor. Razón práctica y argumentación en MacCormick: de la descripción a la justificación crítico-normativa. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, n. 15, p. 173-210, 2006. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/6996>.

SUÁREZ-LLANOS, Leonor. El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista. *Anuario de filosofía del derecho: Estudios de teoría y filosofía del derecho*, Universidad de Oviedo, Oviedo, p. 333-358, 2005. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2005-10033300358.

SUÑÉ, Natasha. Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 3, n. 5, p. 191-215, 2015. Disponible en: <http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v3n5/2304-7887-rstpr-3-05-00191.pdf>.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Serie C, n. 171, 22 de noviembre de 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; VIDAL, Fernando. *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). Fair and equitable treatment. New York, Geneva: United Nations Publications, 2012. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/721790>.

UNITED NATIONS. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, New York y Geneva, HR/PUB/11/04, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

WASHINGTON. Centro Internacional de Arreglo por Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Azurix Corp. vs. República de Argentina*, caso n. ARB/01/12, 14 de julio de 2003.

WASHINGTON. Centro Internacional de Arreglo por Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica*, caso n. ARB/96/1, 17 de febrero de 2000.

WASHINGTON. Centro Internacional de Arreglo por Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Impregilo S.P.A. vs. República de Argentina*, caso n. ARB/07/17, 21 de Junio de 2011.

WASHINGTON. Centro Internacional de Arreglo por Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, caso n. ARB (AF)/00/2, 29 de mayo de 2003.

ZACCARIA, Giuseppe. La jurisprudencia como fuente de derecho: una perspectiva hermenéutica. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D. F., n. 32, p. 93-117, 2010. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n32/n32a5.pdf>.

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

ARÉVALO-MOSCOSO, María Alejandra. Armonización entre derechos humanos e inversión extranjera en Latinoamérica a través de tribunales arbitrales de inversión, a partir de la teoría de Neil MacCormick. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2228. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202228>

María Alejandra Arévalo Moscoso

ABOGADA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. LL.M-
INTERNATIONAL BUSINESS LAW, UNIVERSITEIT VAN TILBURG.
COORDINADORA DEL ÁREA DE DERECHO INTERNACIONAL Y
DOCENTE TIEMPO COMPLETO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD
JAVERIANA, CALI, COLOMBIA. ADSCRITA AL GRUPO DE
INVESTIGACIÓN INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DESARROLLO (IJUD),
CATEGORÍA A EN COLCIENCIAS.

maria.arevalo@javerianacali.edu.co

El valor de la inscripción de inmuebles en el Registro chileno: una visión comparada

THE VALUE OF REAL ESTATE REGISTRATION IN THE CHILEAN REGISTRY: A COMPARATIVE VIEW

O VALOR DO REGISTRO DE IMÓVEIS NO REGISTRO CHILENO: UMA VISÃO COMPARATIVA

Yasna Elizabeth Otárola Espinoza¹

Resumen

El artículo determina cuál es el rol y el valor que tiene la inscripción en el Registro Inmobiliario chileno desde la protección que otorga a quienes inscriben y confían en él. Plantea la hipótesis de que la inscripción en el sistema chileno es vulnerable, bien porque puede ser alterada o dejada sin efecto por ciertas causales y, sobre todo, porque en el caso de la tradición del dominio de las cosas inmuebles el traslado de la propiedad no consolida los efectos que suceden de esta constitución: la plena oponibilidad de los derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior. El desarrollo de esta aseveración se concibe a partir de la relación título y modo; el carácter constitutivo o no de la inscripción respecto de la formación del derecho real de dominio por medio de la tradición; la protección del titular registral y la eficacia del Registro con relación a terceros.

Palabras clave

Inscripción; transferencia; título; inmuebles; protección.

Abstract

The article determines the role and value of registration in the Chilean Real Estate Registry in terms of the protection granted to those who register and trust in it. It raises the hypothesis that the registration in the Chilean system is vulnerable, either because it can be altered or rendered ineffective by certain causes and, above all, because in the case of the tradition of the domain of real estate, the transfer of ownership does not consolidate the effects that follow from this constitution: the full opposability of the rights and the absolute elimination of the possibility of their subsequent loss. The development of this assertion is conceived on the basis of the relationship between title and mode; the constitutive character or not of the registration with respect to the formation of the real right of ownership by means of tradition; the protection of the registrant and the effectiveness of the Registry in relation to third parties.

Keywords

Registration; transfer; title; real estate; protection.

Resumo

O artigo determina o papel e o valor do registro no Registro Imobiliário chileno a partir da proteção que ele concede àqueles que o registram e confiam nele. Levanta a hipótese de que a inscrição no sistema chileno é vulnerável, seja porque pode ser alterada ou deixada sem efeito por determinadas causas e, sobretudo, porque no caso da tradição do domínio dos bens imóveis a transferência do imóvel não consolida os efeitos que acontecem desta constituição: a plena oponibilidade dos direitos e a eliminação absoluta da possibilidade de sua posterior perda. O desenvolvimento desta afirmação é concebido a partir da relação título e modo; o caráter constitutivo ou não da inscrição em relação à formação do verdadeiro direito de propriedade por

meio da tradição; a proteção do titular do registro e a eficácia do Registro em relação a terceiros.

Palavras-chave

Registro; transferência; título; bens imóveis; proteção.

INTRODUCCIÓN¹

Entre las funciones del sistema jurídico se halla regular las instituciones por las que se constituyen y transfieren los derechos, de modo que estas transacciones sean seguras y previsibles. Una de estas instituciones es el Registro Inmobiliario, que recoge información sobre la situación jurídica de los bienes inmuebles, esto es, sobre la persona del titular, contenido del derecho, limitaciones, condiciones, entre otros. Por lo tanto, el Registro opera como un elemento fundamental para dar certeza y seguridad del tráfico jurídico. Al ofrecer información sobre los derechos de propiedad, el Registro permite que el adquirente de un inmueble tenga confianza de que nadie perturbará su propiedad. Para que esto tenga lugar, el sistema le provee datos sobre la existencia y legitimidad del derecho de la persona que le transfiere a través de la validez de la transferencia anterior y de la calidad de dueño del transferente pasado. Asimismo, permite conocer toda la serie o cadena de transferencias producidas entre los precedentes causantes del adquirente, por lo menos durante el tiempo necesario para adquirir por prescripción. Por último, deja saber que el propietario puede transferir la cosa porque no existen limitaciones a su facultad de disponer y si la cosa no ha sido ya transferida a otro.

Lo mismo aplica para quienes conceden un crédito con garantía de un bien inmueble, proporciona información sobre si el solicitante es el verdadero dueño, si puede darlo en garantía y si pesan sobre él otros gravámenes anteriores o preferentes que puedan disminuir en forma notable o completamente la garantía. Solo en estas condiciones se dará el crédito.

Así, la importancia del Registro en la constitución y en la transferencia de los derechos reales, en especial, cuando recaen en inmuebles, parece evidente. La mayor o menor seguridad del tráfico está en función de un Registro seguro. De igual modo, resulta meridianamente claro que la circulación de la riqueza y la expansión del crédito están también ligadas al Registro.

...

¹ El artículo es parte del proyecto N° 11200092 de investigación, denominado “La calificación del título en el Registro Inmobiliario chileno”, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), Chile.

En Chile, el anhelo por “seguridad” se hace irrefutable si se analiza la relación entre los actos con efectos jurídico-reales y la inscripción registral. En efecto, si la inscripción manifiesta relación con un título traslativo de dominio y el modo de adquirir es la tradición, el cambio de titularidad generado por la inscripción no probará el dominio. En otras palabras, aun cuando la inscripción es constitutiva, no produce el efecto de acreditarlo. De modo que el titular que adquirió quedará enfrentado a la cuestión de si el *tradente* era dueño y si tenía el derecho que transfiere. De ser así, la inscripción dejará al adquirente en posesión y, con ella de la mano, podrá adquirir por prescripción, aunque estará a merced de la acción reivindicatoria que puede intentar el verdadero dueño. Todavía más, si la inscripción es la forma de efectuar la tradición de los bienes inmuebles y el Código Civil chileno establece un sistema causado de título y modo, el futuro de la tradición, y por consiguiente de la inscripción, depende de la eficacia del título. Siendo ineficaz por cualquiera de las causales que establece nuestro ordenamiento, según se verá, la inscripción que verifique un tercero que adquiere de titular inscrito puede verse afectada irremediablemente.

Tal situación ha dado pie a aseverar la hipótesis de que la inscripción en nuestro sistema es vulnerable, bien porque puede ser alterada o dejada sin efecto por ciertas causales y, sobre todo, porque en el caso de la tradición del dominio de las cosas inmuebles, el traslado de la propiedad no consolida los efectos que suceden de esta constitución: la plena oponibilidad de los derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior.

Este problema se puede analizar desde varias perspectivas. En esta investigación se hará a través de la pregunta sobre cuál es la función y el valor que tiene la inscripción en el Registro Inmobiliario chileno desde la protección que otorga a quienes se inscriben y confían en él. La respuesta a esta pregunta plantea los siguientes nudos críticos: la relación título y modo; el carácter constitutivo o no de la inscripción respecto de la formación del derecho real de dominio por medio de la tradición; la protección del titular registral y la eficacia del Registro con relación a terceros.

De esta forma, se obtendrá como resultado del trabajo que sigue el rol que cumple la inscripción en el contexto de un sistema inmobiliario que requiere, por una parte, que los adquirentes sean protegidos en sus adquisiciones o, por lo menos, que se les entregue la información que necesitan para saber con exactitud si están llevando a cabo una adquisición eficaz (MARTÍNEZ VELENCOSO, 2008, p. 6). Por otra, que los terceros que contratan con un titular registral e inscriben confiando en el registro no sean afectados por situaciones extrarregistrales. El mayor o menor grado de protección de las transferencias aparentemente eficaces o la mayor o menor facilidad que otorga a los adquirentes es un problema directamente vinculado a la inscripción registral.

En el estudio y desarrollo de la investigación que se expone se utilizaron diversas fuentes documentales, sentencias de los tribunales superiores de justicia, doctrina chilena y comparada, entre otras.

I. LA DISTINCIÓN TÍTULO Y MODO EN LA TRADICIÓN DEL DOMINIO DE LOS BIENES INMUEBLES

En Chile, el Código Civil enumera los modos de adquirir el dominio en el art. 588 y menciona entre ellos a la tradición, le dedica un Título, el VI del Libro Segundo, cuyo primer artículo define la tradición del dominio, y luego se ocupa detalladamente de los distintos tipos de tradición, entre ellos la de inmuebles, que se efectúa por la inscripción de sus títulos en el Registro a cargo del Conservador, finalizando con una norma que regula la tradición de los derechos personales, en el caso de cesión de créditos. Para el Código, la tradición como modo de adquirir el dominio, o de otros derechos reales, consiste en la “entrega” de la cosa (modo), que se efectúa en virtud de la existencia de un título precedente, que justifica esa entrega.² El efecto normal de la tradición es transferir el dominio, o el derecho real correspondiente, que pasa del *tradente* a quien lo adquiere. El Código consagra varias formas de tradición simbólica, entre las cuales la más importante es quizás la de los inmuebles, por medio de la inscripción del título.³

Así, determina como elemento central de la tradición, como modo de adquirir, la entrega de la cosa. No obstante que una parte de la doctrina lo sitúa en la causa o título, porque allí se expresa la voluntad de transferir, siendo la entrega misma un “mero hecho” dirigido a operar un cambio posesorio (SOZA RIED, 2003, p. 288 y 295). Con todo, la entrega es calificada como tal con base en que la hace el dueño o el titular de otros derechos reales, esto es, el *tradente*.

Asimismo, precisa que la tradición requiere la facultad e intención de transferir el dominio. Parte de la doctrina plantea que tal condición se relaciona con la entrega. Según Barrientos, esto se debe a que la exigencia acoge la circunstancia de validez presente en el artículo

•••

2 La tradición, en cambio, fue recibida con toda su disciplina romanística, ampliamente expuesta en el Código Civil de Chile de 1855, artículo 588 inciso 1º: “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción”. De la tradición trata en el Título VI del Libro II a lo largo de treinta artículos (670 a 699). El artículo 670 la define así: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por la otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”. El artículo 675 inciso 1º redondea la precedente definición: “Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.” (GUZMÁN BRITO, 2015, p. 339; y SOZA RIED, 2003, p. 289).

3 Artículo 686: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca. Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería”.

672, que dice que “para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por sus representantes” y, por consiguiente, refrenda el hecho de que la facultad de transferir el dominio es independiente de la calidad de dueño del *tradente* (BARRIENTOS, 2003, p. 76; DE LA MAZA *et al.*, 2015, p. 789). Una interpretación distinta del requisito —señala el autor— conduce, por una parte, a afirmar que en el caso de que el *tradente* no tenga capacidad para convenir, la situación se regularía por las normas sobre los actos y declaración de voluntad, lo que dejaría al artículo 670 en posición reiterativa y lejos de las normas especiales que en esta materia estableció Bello. Por otra, conduciría a reconocer que quien no es dueño carece de la facultad de transferir, situación que no es efectiva, pues el Código permite la constitución de títulos traslativos de dominio sobre cosas ajenas. En tanto, Soza sostiene que la facultad de transferir atañe al título traslativo de dominio porque allí “se manifiesta la voluntad de transferir y no en la tradición que en el proceso adquisitivo, cumple la función de modo” (SOZA RIED, 2003, p. 289).

De igual forma, la facultad de transferir ha sido percibida en el sentido de que el *tradente* debe ser dueño de la cosa o del derecho y que, además, debe ser capaz de ejercicio (ROZAS, 2007, p. 163). Según Gaete, esto aparece de manifiesto en la definición del artículo 670 y más adelante en el artículo 682, que señala el efecto de la tradición efectuada por quien no es dueño (GAETE, 1992, p. 67). En el mismo sentido, Vial del Río consigna que:

cuando el inciso primero del artículo 672 del Código dice que para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o su representante, con la palabra válida significa que quien comparece en calidad de tradente debe ser dueño de la cosa, pues de otra manera se considera inexistente como modo de adquirir. (VIAL DEL RÍO, 2009, p. 60)

En cambio, Alessandri indica que el *tradente* debe tener capacidad de ejercicio. Lo mismo dice Kiverstein, en cuanto a que la capacidad que la ley requiere en el *tradente* es la de disposición; la plena capacidad de ejercicio, lo que se ve corroborado por los artículos relativos al pago: artículo 1575 inciso 2º, del cual se desprende que la capacidad del *tradente* es la de libre disposición de los bienes; en este precepto, el pago no es otra cosa que la tradición, y la facultad de enajenar supone la facultad de disposición (KIVERSTEIN, 2000, p. 101-102). Por último, para Peñailillo, el adquirente también debe ser plenamente capaz, de acuerdo a las reglas generales, pues celebra un acto jurídico bilateral (PEÑAILILLO, 2019, p. 738). Sin embargo, aunque ambas posiciones tienen una parte de verdad, la disposición yuxtapone la facultad e intención de transferir al hecho de que sea dueño. De lo que resulta que esta adición corresponde a una exigencia distinta a la de la propiedad y, por lo mismo, se dirige a representar que el titular del derecho de dominio puede, en ocasiones, estar privado de la facultad de transferir, como ocurre en el caso del dueño incapaz que necesita del representante para hacer la tradición del dominio. De lo que se concluye que se refiere al dueño y

que corresponde a la capacidad de ejercicio. Tan solo esta última permite al *tradente* adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo, para ejercer los primeros y cumplir las segundas sin la necesidad de que intervenga la voluntad de un tercero.

Ahora bien, en cuanto a la intención de transferir el dominio, Peñailillo plantea que la tradición requiere un título traslativo precedente, o bien que el título necesita para cumplir lo pactado que le suceda la tradición. Esta relación conduce a considerar el título como causa de la tradición (PEÑAILILLO, 2016, p. 219; PEÑAILILLO, 2019, p. 736). En el mismo sentido, Vodanovic estima que:

para que la tradición sea válida y opere la transferencia del derecho real, se requiere previamente un título traslativo de dominio (art. 675); es decir, un acto jurídico que dé posibilidad para traspasar el dominio, como el de venta, permuta o donación. (VODANOVIC, 2001, p. 47)

Por último, para Barrientos, la voluntad o intención se refiere al acto material de la entrega y a la circunstancia de que esa voluntad implica que la cosa era del dueño, y que la entrega existe porque hay una causa o título que la precede. En consecuencia, si la intención de transferir el dominio es lo que califica jurídicamente a la tradición como modo de adquirir, esto es posible, precisamente, porque existe un título o una causa de carácter traslativo, y tal intención no es diversa de la expresada en este (BARRIENTOS, 2003, p. 26). De ahí que, en la legislación chilena, la intención expresada en el artículo 670, que define la tradición, se entronca con el artículo 675, que en la versión del manuscrito de Bello ya decía que:

la tradición, ya hecha o ya consentida por el propietario de la cosa que es capaz de enajenar, no trasfiere la propiedad, sino en tanto hecha en virtud de algún título verdadero o putativo”. Agregaba: “[...] se llaman justos títulos aquellos cuya naturaleza es la de transferir el dominio de la propiedad de las cosas [...]”. (BARRIENTOS, 2013, p. 658; POTHIER, 1882, p. 166 y 168)

Los títulos que Bello describe por sí solos generan derechos personales, pero no la transferencia de la propiedad, ya que esta última característica en el sistema chileno se concreta en el modo de adquirir el dominio, que, en este caso, es la tradición. No obstante, aquellos constituyen —como se ha visto— un antecedente necesario para adquirir posteriormente la propiedad de la cosa, por cuanto nace el derecho de exigir la entrega, no así para hacerlo propietario. De modo que el título traslativo de dominio es necesario para la tradición.

Finalmente, el Código Civil agrega la capacidad e intención de adquirir, de manera que el adquirente también debe cumplir estas condiciones. Algunos estiman que, dado que el adquirente por la tradición adquiere el dominio, según reza el artículo 671 —que dice que el adquirente es la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por

él o a su nombre—, necesariamente, debe ser capaz de adquirir, o sea, debe tener la aptitud jurídica para adquirir derechos, ser titular de los mismos y manifestar su intención de adquirir el dominio en el momento de la constitución del título. En definitiva, debe tener capacidad de goce (BARRIENTOS, 2003, p. 48; PEÑAILILLO, 2016, p. 213). En tanto, otros consideran que si el Código Civil no contempla una disposición que impida a ciertas personas adquirir el derecho real de dominio por tradición, el adquirente siempre tiene capacidad de goce y, por lo tanto, puede adquirirlo. Pero como la tradición es un acto jurídico bilateral y necesita para perfeccionarse del acuerdo de las voluntades de dos o más partes, el consentimiento implica la intención determinada de ambas partes de transferir y adquirir el dominio respectivamente y, tras esto, que ambas tienen capacidad de ejercicio, según se deduce del artículo 673 (VIAL DEL RÍO, 2009, p. 56; ROZAS, 2007, p. 163). Frente a ambas posturas, conviene atender al hecho de que la tradición en cuanto modo de adquirir pretende que el adquirente se haga dueño, y para lograr este fin solicita capacidad de adquirir, porque quien la posee tiene la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones (CASTÁNTOBEÑAS, 2007, p. 149); en este caso, el poder de adquirir el dominio por tradición. De ahí que no importa si una persona es incapaz de ejercer los derechos que le pertenecen, porque alguien los ejercerá por ella, su representante. Lo esencial es tener los derechos; la cuestión de su ejercicio, aunque no es menos importante, por lo menos es susceptible de ser resuelta por un medio o por otro.

Posteriormente, previene la intención de adquirir el dominio. Esta supone una declaración o manifestación de voluntad, a la par de la del *tradente*, destinada a producir efectos jurídicos, lo que se materializa en este modo de adquirir. Sin embargo, si se persevera en la concepción de tradición como modo de adquirir, esto es, que el dominio, o bien la titularidad del derecho real, debiera coexistir al momento de la entrega, debido a que el efecto dominical deviene del modo y no del título o causa, cuestión que se hace evidente en la venta de cosa ajena, pues si el vendedor hace entrega al comprador, esta no constituye tradición en cuanto a modo de adquirir, dado que no ha sido realizada por el dueño, sin perjuicio de que quien recibió la cosa puede adquirir el derecho de ganar por prescripción el dominio (artículo 683 del Código) (RODRÍGUEZ DIEZ, 2019, p. 150). Se deduce entonces que la intención del adquirente viene a complementar la que se solicita del *tradente*, en el sentido de que, si se entrega una cosa al adquirente, se hace porque en ambos hay intención de adquirir. De este modo, en el sistema chileno la entrega es el hecho fundamental de la tradición. Sin embargo, de esta no es posible deducir inequívocamente transmisión dominical. Para ello, es necesario que exista la intención de las partes de transferir y de adquirir, la que se induce de la presencia de un título previo del cual la transferencia es resultado. Existiendo el antecedente previo (causa) se presume que la entrega se realizó con ánimo traslativo y, por consiguiente, tal intención existe. Solo así se distingue el dominio adquirido por medio de la tradición.

En esta misma línea se han pronunciado los tribunales de justicia al indicar que:

en nuestro derecho sustantivo, para que se produzca la adquisición del dominio de un bien por una persona, además del título que lo habilite para ello, exige, por regla general, la concurrencia a su respecto de uno de los modos de adquirir el dominio que estatuye la ley. Así, en la especie, para que una persona adquiriera el dominio sobre un bien inmueble, en virtud de un contrato de compraventa, se requiere y/o exige que opere a su respecto legal y válidamente la tradición de aquel, dándose así cumplimiento a la dualidad o binomio título/modo de adquirir que prescribe nuestro derecho privado.⁴

Asimismo, según la ley aplicable solo se puede transferir el dominio de lo que se es dueño, ya que la facultad de disponer de un bien es uno de los atributos del dominio, y antes de la inscripción la reclamante no detenta la calidad de dueña. Que es así como el artículo 670 inciso 1° del Código Civil define la tradición, al señalar: “Es aquel modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio y por la otra la intención y capacidad de adquirirlo”.⁵ También que:

el Código define la tradición como un acto jurídico en el que ambas partes concurren con su voluntad, habiendo sido reconocido por esta Corte que la tradición importa un acto jurídico del cual la capacidad y la voluntad son elementos de la esencia. Sin embargo, en el presente caso no se observa la capacidad, porque a la época de ingresar las solicitudes de inscripción en el Registro de Comercio y Conservador de Bienes Raíces de Temuco la adquirente no había nacido a la vida del Derecho, por lo que mal podría concurrir con su capacidad y voluntad a adquirir el dominio.⁶

...

- 4 Sentencia Corte Suprema (Civil) ROL N° 790-2016, 14 de marzo de 2017. En el mismo sentido: Sentencia Corte Suprema, 15 de junio de 1992. Id Microjuris: MJJ1575.
- 5 Sentencia de Tribunal R. Metropolitana. Primero, 30 de julio de 2020. E.V. con SII, Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro, RIT: GR-15-00040-2019. RUC: 19-9-0000307-5. En el mismo sentido, Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso (Civil) ROL N° 2463-2015, 13 de enero de 2016.
- 6 Sentencia Corte Suprema de Chile (Civil), 30 de marzo de 2016 (N° 9120-2015). Confróntese con sentencia Corte Suprema de Chile (Civil), 17 de febrero de 2016 (N° 6291-2015): “Incorre en una contradicción al aceptar como definición de tradición la contemplada en el artículo 670 del Código Civil, lo que implica concebirla como un acto jurídico, para luego afirmar que, tratándose de inmuebles inscritos, la tradición comienza y termina con la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces; en otras palabras, el fallo concluye que la tradición es un hecho material (la inscripción) realizado por un tercero (el Conservador) en que no intervienen las partes, salvo para solicitarla”.

Así las cosas, en el sistema chileno la tradición del dominio de los bienes inmuebles sigue el sistema bipartito romano de título y *modus* previsto en las disposiciones que regulan este modo de adquirir en el Código Civil, según el cual, junto con una causa vinculada y precedente de carácter traslativo, se requiere la posterior entrega o *traditio* que el dueño facultado para transferir hace del inmueble, figurada por la inscripción. Esta última se encuentra vinculada estrechamente con su causa, o sea, con el título que “funda y justifica la entrega con la intención de transferir” (BARRIENTOS, 2003, p. 89; ZÁRATE, 2019, p. 247; SEPÚLVEDA, 2014, p. 101). La consideración del título como antecedente y causa determina una estrecha vinculación entre ambos,⁷ de tal manera que la existencia o inexistencia, las vicisitudes o irregularidades del título afectan directa e inmediatamente el valor y la eficacia de la tradición. Por ejemplo, si el contrato contenido en el título es inexistente o nulo, y así ha sido declarado, afectará a las partes en cuyo favor se ha decretado la nulidad. Así lo establece el artículo 1690, en armonía con el artículo 3° inciso 2° del Código Civil. Si el acto o contrato ha sido cumplido total o parcialmente por una o ambas partes, se hará aplicable el artículo 1687. De tal forma que las partes tienen el derecho a exigirse, recíprocamente, la restitución de todo lo que hubieren entregado en virtud del acto o contrato a fin de que las cosas queden como si este nunca se hubiere celebrado. Por otra parte, también afectará a terceros, cuyos derechos provienen de la persona que a su vez adquirió la cosa en virtud del contrato nulo. Por tanto, la nulidad judicialmente declarada, sea absoluta o relativa, da acción reivindicatoria contra terceros poseedores. Así lo establece el artículo 1689 del Código Civil (LÓPEZ, 2019, p. 141).

En consecuencia, en el caso de la nulidad, el *tradente* no pierde el dominio del bien inmueble y el adquirente no llega a adquirirla, aunque se haya hecho la entrega, debido a que no hay intención de transferir y de adquirir el dominio en el título y, siendo así, menos la hay respecto de la entrega, pues la intención de esta última depende de la del título, que es su causa. Y dado que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador, si el título resulta ineficaz, el mismo devenir afectará a la inscripción. Esta situación y otras más que no acabamos de señalar introducen una enorme inseguridad en el tráfico jurídico de los bienes inmuebles en Chile. La certeza de la adquisición no solo depende del acto que inmediatamente precede a la entrega, sino de una serie anterior a este, en los cuales el adquirente no ha sido parte. De lo que resulta que el sistema de título y modo —en estas situaciones— puede afectar el interés de adquirentes que han inscrito

•••

7 “Lo que se presenta para inscripción es el título, es decir, el negocio obligacional que sirve de causa jurídica a la inscripción y es requisito de esta la expresión del título (artículos 687, 691, 696 y 2342 n° 2 del Código y artículo 52, 58, 78 n° 2, 70, 79, 81 n° 2 y 101 del Reglamento Conservatorio)” (SEPÚLVEDA, 2014, p. 259).

y desconocen la suerte que ha corrido el título que sirve de causa a la tradición (PEÑAILILLO, 2016, p. 244; PEÑAILILLO, 2019, p. 877).

En cambio, en otros sistemas, como el alemán, la propiedad se transmite mediante el acuerdo entre el titular y el adquirente sobre el cambio real y la inscripción de tal desplazamiento patrimonial en el Registro Inmobiliario, salvo que la ley establezca otra cosa. De acuerdo al § 873 del BGB, antes de la inscripción, las partes solo quedan vinculadas por el acuerdo si las declaraciones de ambas han sido realizadas en un instrumento notarial o si se han efectuado ante la oficina del registro inmobiliario o han sido entregadas a este, o bien si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción de las previstas en la Ley del Registro Inmobiliario (MCGUIRE, 2011, p. 11 y 72). Complementariamente, el § 925 – que se refiere a la adquisición y pérdida de la propiedad sobre fincas– establece que el acuerdo debe ser declarado con asistencia simultánea de ambas partes –enajenante y adquirente– ante la autoridad competente. Para recibir el acuerdo de transmisión es competente cualquier notario, sin perjuicio de otras autoridades, también habilitadas.

En consecuencia, para adquirir la propiedad es preciso que el transmitente y el adquirente se pongan de acuerdo sobre la transmisión en el caso de los bienes muebles con la entrega y en los inmuebles con la inscripción en el Registro. Es decir, se requiere la intención de ambos, uno de transmitir y el otro de adquirir el dominio. La causa que motiva y da fundamento a la transmisión se encuentra en un negocio jurídico de carácter obligacional, en virtud del cual una de las partes se obliga a entregar a otra la propiedad del inmueble, según se deduce de los §§ 241 y 433 (LARENZ, 1989, p. 324). El primero indica que en virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. A su turno, el segundo señala que, por el contrato de compraventa, el vendedor de una cosa se obliga a la entrega de la cosa al comprador y a transmitirle la propiedad sobre la cosa. Por ejemplo, si una parte cree que vende y la otra recibe porque está convencida de que le han donado, la tradición se entiende igualmente realizada, de modo que para la transmisión y recepción de la propiedad resulta fundamental el acuerdo. El negocio obligacional no produce ningún cambio real, ni tampoco se considera para valorar la validez de la mutación de la propiedad. En consecuencia, se trata de una figura obligacional en virtud de la cual las partes asumen ciertos compromisos vinculantes –no transmite el dominio, debido a que para que esto ocurra se requiere del acuerdo real y de la inscripción– (MCGUIRE, 2011, p. 73), lo que comprueba que en el sistema alemán esta transacción carece de trascendencia para la transmisión de la propiedad inmueble.

De ahí, una diferencia con el Derecho chileno, según se advirtió, es que en nuestro sistema la entrega de la cosa debe hacerse con intención de transferir el dominio y tal intención existe cuando la precede un título traslativo de dominio conectado con ella. En palabras de Barrientos, “la intención de transferir el dominio se exige respecto de la entrega que, en cuanto ‘*factus tradendi*’ causado, depende de su título traslativo de dominio que funda y justifica la entrega con la intención de transferir” (BARRIENTOS, 2003, p. 88-89). Así, la intención no

es específica y propia de la entrega, pues afirmarlo implica convertir la tradición en un acuerdo adquisitivo independiente de su título, como ocurre en el Derecho alemán.

Tras esto se hace evidente no solo la separación entre el negocio obligatorio y el dispositivo, sino también que el primero no es la causa que explica o justifica la mutación dominical, sino la voluntad de las partes de adquirir y de transmitir expresada en un negocio real, aunque requiere la inscripción en el Registro para el caso de los inmuebles. Por lo que la validez y la eficacia de la tradición quedan vinculadas a la existencia y validez del acuerdo, del cual la tradición es ejecución, pero desligadas y desconectadas, en cambio, del negocio obligatorio que precede. Así, por ejemplo, si una compraventa es nula por cualquier razón, sin embargo, el negocio de disposición ha sido realizado conforme a las reglas establecidas en el Derecho de cosas para la transmisión de la propiedad, y no existe razón alguna para su nulidad, esta disposición es válida (VON BORCH, 1980, p. 83-84). Y como tal produce el efecto de que el adquirente se hace dueño y el *tradente* pierde la propiedad una vez que esta ha sido transmitida, lo que supone que no puede transmitir de nuevo la propiedad a un tercero. Por esta razón no puede interponer ninguna acción reivindicatoria contra el adquirente, ni menos todavía contra los posibles terceros subadquirentes. Tiene únicamente una acción de enriquecimiento sin causa, destinada a obtener la restitución de la cosa si el desplazamiento patrimonial producido carece de justificación. Así lo establece el § 812:

[...] quien mediante la prestación de otro o de cualquier otro modo a su costa adquiere algo sin causa jurídica está obligado frente a éste a su restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece posteriormente o si el resultado perseguido con una prestación, según el contenido del negocio jurídico, no se produce [...].

En conclusión, en Alemania, la transmisión del dominio sobre inmuebles nace de un negocio dispositivo y de la inscripción del dominio. El negocio obligacional no tiene eficacia sobre la transmisión, esta será válida incluso aunque el contrato fuese nulo, salvo que se den los presupuestos para la acción de enriquecimiento. Esto genera entre las partes, en principio, que el *tradente* puede ser restituido en virtud del derecho de enriquecimiento. En cuanto a los terceros, estos no se ven afectados porque la reclamación solo afecta a quienes son parte en la primera transmisión de la propiedad. De modo que el sistema protege sobre todo al adquirente en aras de la seguridad del tráfico y del crédito inmobiliario.

Por otra parte, el ordenamiento español instaaura un sistema basado en la teoría del título y del modo, según el cual la propiedad no se adquiere si no le sigue la tradición de la cosa, mediante la cual el antiguo dueño pone al comprador en la posesión material, aunque no es necesario que se trate de una entrega física, sino que puede ser una tradición de tipo inmaterial o simbólica; en el caso de los inmuebles, es posible que en su lugar se otorgue una escritura pública (ACEDO, 2019, p. 17; ROGEL VIDE, 2016, p. 37; CÁMARA LAPUENTE, 2004, p. 946; GORDILLO CAÑAS, 2006, p. 633). En ese sentido, el art. 609 del

Código Civil señala, entre los diferentes modos de transmitir el dominio y demás derechos sobre los bienes, el siguiente: “[...] por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Y el artículo 1095, por su parte, establece que si bien el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, “no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada”. De ambos se deduce que para que tenga lugar la transmisión del bien es necesario que concurren dos elementos: contrato y tradición. No cualquier contrato, sino aquellos que son hábiles o idóneos para transferir el dominio, como la compraventa, permuta y otros (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, p. 145; LASARTE, 2018, p. 118). Tales contratos no son mera o exclusivamente obligaciones, sino que son necesarios para que tenga lugar la transmisión del derecho. En este sentido, el contrato es el título en cuya virtud se transmite la cosa; aunque no es suficiente, por sí solo, para producir la transmisión. Para que tal efecto se produzca se requiere, además, la tradición de la cosa (SÁNCHEZ, 2008, p. 12). Aunque esto último en algún momento haya sido discutido en el caso de los inmuebles a partir de la vocación transmisiva que se atribuye a la inscripción del título y que haría innecesaria la tradición, luego de la Ley Hipotecaria (LH) (MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 828-829).

En opinión de una parte de la doctrina, el artículo 1473 del Código Civil permite sostener que la inscripción sustituye a la tradición. La disposición indica que si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores en el caso de los bienes inmuebles, la propiedad pertenecerá al primero que inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2009, p. 1701; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, p. 140), lo que comporta que será dueño el que primero lleve a cabo la inscripción en el Registro, independientemente de que conozca o no la venta anterior (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2009, p. 1694), y también que la transmisión del dominio que se produce al margen de la inscripción ha sido relevada por una que la estima necesaria para que exista este derecho. De modo que puede decirse que la transmisión de la propiedad conforme a la disposición referida se aleja de los requisitos de título y modo exigidos en los artículos 609 y 1095 del Código Civil español. No obstante, se ha puesto de relieve que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura resultare la voluntad de los contratantes en virtud del art. 1462 inciso 2º, es decir, la tradición está implícita en el instrumento que contiene el contrato traslativo de dominio.⁸ Por consiguiente, el Registro supone que la entrega de la cosa se ha producido (tradición simbólica e instrumental) (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, 2019,

...

⁸ “Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”. Artículo 1462 inciso 2º del Código Civil.

p. 152). Por otra parte, si el *tradente* del derecho real de dominio tiene inscrito su derecho, la presunción de posesión establecida en el artículo 38 inciso 1° de la Ley Hipotecaria permite colegir que la tradición se ha efectuado (MAYOR DEL HOYO, 2015, p. 137-138). Pues todo aquello que está en el Registro existe, tiene una pertenencia y se supone veraz. En consecuencia, a diferencia del sistema alemán, en el español la transmisión de la propiedad se produce al margen del registro, mediante la tradición causalmente empalmada con un título obligatorio anterior —al que se llama teoría o doctrina del título y el modo—, de ambos se genera el acto de desplazamiento patrimonial que es el objeto de la inscripción. El comprador es propietario desde que se le entrega el inmueble o desde que se otorga la escritura pública. La inscripción no consuma la adquisición.

En este contexto, el título anterior debe ser válido y eficaz. De lo contrario, la transmisión será ineficaz y el dominio no habrá sido adquirido por el adquirente ni transmitido por el *tradente* (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 893; CÁMARA, 2004, p. 946). De ahí que la cuestión, en el sistema español al igual que en el chileno, es determinar en qué medida la inexistencia, invalidez o ineficacia del título que precede a la tradición afecta las consecuencias que produce la inscripción. Díez-Picazo (2008, p. 894) afirma que:

parece claro que en todos los casos en que la ineficacia del negocio antecedente desaparece en un momento posterior sobrevenido (rescisión, revocación, resolución, etc.), ello no significa por sí solo ineficacia de la transmisión de la propiedad que pudiera haber sido llevada a cabo con base en aquel contrato y como ejecución de él.

Agrega que de acuerdo al artículo 1124, en el caso de la resolución por incumplimiento de obligaciones, esta se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes.

En efecto, de acuerdo al artículo 1295 del Código Civil, que dispone que no “tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe”; y el artículo 1298, que indica: “El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a estos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas” y, por último, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que permite la revocación de la inscripción en el Registro, se puede confirmar que no es posible recuperar la cosa si ella ha sido transmitida a un tercero que ha procedido de buena fe.

Todavía más, a la misma conclusión se puede llegar cuando el vicio del título que precede fuera determinante en la nulidad. Este vicio de la causa de la tradición no provoca por sí solo la ineficacia de la tradición ni determina la recuperación de las cosas que hubieran pasado a poder de terceros, según se deduce de los artículos 1303 a 1307, que se refieren a la nulidad de los contratos, y conforme a los cuales deriva una obligación de restitución que es de carácter fundamentalmente personal. Ahora bien, en lo que dice relación con los casos

de inexistencia o nulidad absoluta del contrato, Díez-Picazo (2008, p. 520) sostiene que la devolución procede si la cosa se halla todavía en manos del adquirente, de no ser así “restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo”.⁹ Quien recibe de buena fe se hace propietario y queda excluido de la acción reivindicatoria del artículo 348 del Código Civil. Sobre la base de las mismas disposiciones, Lasarte sostiene que, una vez declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse la cosa que hubiere sido materia del contrato. No siendo esto posible, conforme a las reglas generales, procederá la restitución recíproca o no del equivalente pecuniario en dinero (LASARTE, 2018, p. 373 y 384). El mismo efecto produce la resolución, ella opera *ex tunc* y lleva consigo la obligación de restituir a cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiese existido, sin perjuicio del respeto a los derechos de terceros adquirentes de buena fe.

En cambio, Rodríguez-Rosado indica que aunque la acción de nulidad es de carácter declarativo, por ese hecho no deja de perjudicar a terceros que deriven sus derechos del negocio nulo (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2004, p. 1006 y 1008) debido a que en el sistema español la falta de título determina que la entrega no transmitió la propiedad; producto de esto el *tradente* sigue siendo propietario y, por lo mismo, puede reivindicar del tercer adquirente, pues solo tiene la posesión.

Todas las titularidades se verán afectadas, y la obligación de restitución de la cosa alcanzará al tercer adquirente, siempre y cuando: i) haya sido demandado; ii) no esté protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si es inmueble o por el artículo 464 inciso 1º si es mueble o, admitiendo la apariencia cuando el tercero no adquirió de *accipiens* de buena fe y a título oneroso. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001, p. 106)

En el mismo sentido, Soler Presas señala que, estando ambas partes recíprocamente obligadas a restituirse, se satisface el intercambio, sin ajustar su alcance, según la buena o mala fe del poseedor (SOLER PRESAS, 2018, p. 1230). El artículo 1897 del Código Civil no excluye la posibilidad de accionar contra el tercero, pues si hubiese enajenación, el que está de buena fe restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo. Esta misma derivación se aplica en las acciones personales de nulidad y rescisión, los terceros quedan protegidos en ciertas situaciones. Sin embargo, la regla es que la naturaleza de la acción no impide que se demande a los terceros adquirentes del titular.¹⁰

9 Artículo 1897 del Código Civil.

10 Sentencia AP-Navarra (Civil) 6 de octubre de 2016 (452/2016); Sentencia AP-Vizcaya (Civil), 30 de octubre de 2018 (321/2018); Sentencia AP-Barcelona (Civil), 23 de marzo de 2017 (153/2017); Sentencia

Estas situaciones permiten visualizar que hay un claro conflicto entre *tradente* y *adquirente*, cuando no se cumplieron todas las obligaciones establecidas por las partes. El *tradente* queda sin duda mejor protegido si no ha habido todavía tradición de la propiedad, puesto que continúa siendo propietario y puede ejercer una acción reivindicatoria. En cambio, el *adquirente* queda protegido, convirtiéndolo ya en propietario y haciendo que frente a él solo procedan acciones de naturaleza personal.

En todo caso, cualquiera que sea la solución, en el derecho español queda claro que, en un sistema de transmisión informado por la teoría del título y modo, las vicisitudes del título que antecede a la tradición pueden afectar la inscripción. La nulidad y la resolución conmueven de tal manera al título que pueden hacerlo ineficaz, ya que en su virtud pueden producirse efectos restitutorios entre las partes y respecto de terceros, como acabamos de demostrar.

Así, el sistema causal, tanto el español como el chileno, requiere asegurar a quien en el Registro aparece como su titular, que será mantenido en su adquisición, aunque la titularidad del *tradente* se encuentre amenazada por una causa de nulidad o resolución (MARTÍNEZ VELENCOSO, 2008, p. 17). En definitiva, se trata de determinar en favor de quién debe inclinarse la protección, decidiendo si en favor del propietario actual, aunque esté en vías de dejar de serlo, o si en favor de los que acceden, o sea, si debe favorecerse la seguridad del tráfico jurídico o la protección jurídica de los adquirentes.

2. CARÁCTER CONSTITUTIVO O NO DE LA INSCRIPCIÓN EN LA TRADICIÓN DEL DOMINIO DE LOS BIENES INMUEBLES: EFECTOS RESPECTO DEL TITULAR INSCRITO Y TERCEROS

A la par de la seguridad del tráfico y la protección de los adquirentes, los ordenamientos jurídicos añaden a las reglas de transmisión de la propiedad otras que reglan el sistema registral. Los diferentes registros inmobiliarios, es decir, registro de escrituras y registro de títulos se diferencian entre sí por el valor que atribuyen a la inscripción. Algunos de ellos certifican la propiedad de un inmueble debido a que la inscripción es requisito indispensable para la tradición o constitución del derecho real, mientras que otros ofrecen mecanismos de protección de los derechos de propiedad, dejando la cuestión de la transmisión de la propiedad a las normas sustantivas que rigen la posesión. Esta situación lleva a considerar la trascendencia que para estos efectos tiene la inscripción, en el sentido de si es importante para proteger al titular inscrito o si es eficaz con relación a los terceros.

Desde el rol que se le atribuye a la inscripción se suele distinguir entre el registro constitutivo y el declarativo (CAICEDO, 2001, p. 29; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA,

...

AP-Zaragoza (Civil), 13 de febrero de 2015 (42/2015); Sentencia AP-Vizcaya (Civil), 20 de mayo de 2016 (145/2016).

1968, p. 127). El primero, esto es, el constitutivo, se caracteriza por el hecho de que los derechos personales se transforman en derechos reales por medio de la inscripción. El derecho nace, se modifica y extingue a través de la inscripción en el Registro. De tal manera que, en caso de inexistencia de la inscripción, no habrá nacido el derecho que debería ser inscrito (LASARTE, 2018, p. 353). Una de las ventajas de este tipo de registro es que obliga a inscribir para producir ciertos efectos jurídicos, o bien para obtener protección, y desde ahí alcanzar mayor coincidencia entre la realidad y lo publicado en el Registro (JEREZ DELGADO, 2003, p. 685).

En el derecho alemán, de acuerdo a los §§ 873 y 925, la inscripción es necesaria para alterar el tracto en la realidad jurídica real, es decir, la inscripción es constitutiva para las transmisiones por negocios jurídicos *inter vivos*, no se produce ninguna modificación o transmisión de la propiedad ni de los demás derechos reales mientras no se inscriba en el Registro.¹¹ El titular que inscribe en el derecho alemán adquiere válidamente y se hace dueño (VON BORCH, 1980, p. 83; BREHM y BERGER, 2014, p. 179 y 183). En esta misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia.¹²

Sin embargo, al igual que en otros sistemas, se ha planteado la cuestión de si la inscripción permitirá la transmisión del dominio siempre, incluso en aquellas situaciones en las que el negocio dispositivo es agredido por una causal que afecta su validez. De ser así, ¿podría ocurrir que si el negocio de disposición o el acuerdo de inscripción no son válidos, tampoco lo sea el acuerdo real y, por ende, la transmisión? El Código alemán señala las razones por las que un acuerdo contractual puede ser nulo o anulable en la Parte General del Código Civil (Libro Primero). Una primera fuente de defectos es la falta de capacidad legal para realizar transacciones legales de acuerdo con los §§ 104 y sigs. Otra es si la declaración carece de seriedad (§ 118). También, si adolece de un defecto de forma requerido por la ley (§ 125); es

...

11 *Bundesgerichtshof* (BGB) (Tribunal Federal de Alemania), 14 de septiembre de 2018 (V ZR 213/17), Sección 311b Párrafo 1 S 1 BGB, Sección 873 Párrafo 2 BGB, Sección 925 Párrafo 1 BGB.

12 OLG München (Tribunal Regional Superior de Múnich), 3 de mayo de 2012 (Az. 34 Wx 184/12): «a) Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück - ebenso von Bruchteilen - ist die nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (= Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle zu erklären (siehe BGH NJW 2007, 3204)» [Para la transmisión de la propiedad de un terreno –así como de las participaciones fraccionarias– el acuerdo del transmitente y del cesionario (= transmisión) exigido por el artículo 873 del BGB debe declararse ante una autoridad competente en presencia de ambas partes (véase BGH NJW 2007, 3204)].

También, *Bundesgerichtshof* (BGH) (Tribunal Federal de Alemania), 13 de julio de 2012 (V ZR 254/11). «Die Bestimmung des § 873 Abs. 2 BGB, [...] (Senat, Urteil vom 25. Januar 1967 - V ZR 172/65, BGHZ46, 398, 399)» [La disposición del § 873, Subsección 2, BGB, [...] (Senado, Sentencia del 25 de enero de 1967 - V ZR 172/65, BGHZ46, 398, 399)].

contrario a la ley (§ 134) o transgrede los principios fundamentales de la moral (§ 138). Otros defectos de la declaración como regla general no son un impedimento para su validez, sino que simplemente hacen que el contrato sea anulable (PRADI *et al.*, 2017, p. 137).

Conforme al principio de abstracción, en los casos en que el acuerdo contractual no es válido, la celebración que obliga a una parte a transmitir el título a otra no afecta en sí mismo el derecho de propiedad del deudor (MEDICUS, 2006, p. 94). El acreedor, es decir, el cedente, solo adquiere un derecho personal por la celebración de un contrato real. Así, por ejemplo, en el caso de una venta doble, ambos acuerdos contractuales son perfectamente válidos, pero el vendedor no puede cumplir con ambas obligaciones. Asimismo, el acuerdo real se considera “neutral” y, por lo tanto, válido, incluso cuando el contrato subyacente sea nulo. Entonces, si la pregunta es si la transferencia de la propiedad puede basarse en una obligación nula o anulable, la respuesta es que todas estas agresiones solo conducen a un defecto del acuerdo subyacente (negocio jurídico obligacional) y no sobre el acuerdo real. Sin embargo, estas consecuencias han aceptado algunas excepciones.

En ese sentido, el ordenamiento alemán considera que el adquirente no siempre está obligado a restituir la propiedad adquirida. Por ejemplo, si A vende un inmueble a B y se lo transfiere. Posteriormente, B regala el inmueble a C. Luego, A descubre que el contrato de venta con B fue declarado nulo por un defecto de forma. Como el acuerdo contractual entre A y B es nulo, la transferencia del título carece de una causa válida que la justifique. B se ha enriquecido injustamente y, por lo tanto, está obligado a restituir de acuerdo con el § 812 I. Sin embargo, B no puede devolver, porque ha transferido la propiedad a C. Como B no ha recibido nada a cambio, A no puede reclamar ninguna contraprestación (teórica) por el artículo citado. C, que ha obtenido el activo sin contraprestación (como B antes que él), no es digno de protección. Por lo tanto, C tiene que transferir el activo a A de acuerdo con el § 882, que se refiere al deber de restitución de terceros. Lo mismo ocurre cuando el tercero ha adquirido la propiedad de buena fe, las disposiciones que permiten reclamar la restitución al antiguo propietario por enriquecimiento injustificado quedan por regla general excluidas (MCGUIRE, 2011, p. 73). En conclusión, el adquirente puede adquirir la propiedad a pesar de un contrato inválido. Las excepciones a esta regla son finitas. Por supuesto, la validez del acuerdo real no puede cambiar el hecho de que la transmisión de la propiedad pueda carecer de justificación económica. Las consideraciones sobre este tema son tratadas de acuerdo a las reglas del enriquecimiento injustificado (§§ 812 y siguientes), según se examinó (KEGEL, 1977, p. 57). La necesidad de restitución conduce a que mientras no ocurra, el adquirente es el propietario y está autorizado a disponer de la propiedad a favor de cualquier tercero. Y cuando el adquirente, debido a dicha transmisión posterior, no pueda volver a transferir el activo, debe compensar el valor. Estamos ante otra diferencia con el sistema chileno: mientras que en un sistema causal correspondería una acción de reivindicación, en el sistema abstracto las restituciones operan bajo las reglas del enriquecimiento sin causa.

Con todo, estas no son las únicas excepciones, si la misma causa de nulidad afecta tanto al acuerdo real como al negocio obligacional; si el acuerdo contractual es contrario a la ley, los principios del ordenamiento permiten que el defecto se extienda al acuerdo real (§ 138). Por último, también si las partes pactan que la validez del acuerdo real dependa de la validez del acuerdo contractual (BAYERLE, 2009, p. 1081).

Entre las disposiciones relativas al derecho sobre las fincas, el BGB introduce el requisito de un acuerdo real entre el cedente y el cesionario sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de tal modificación en el Registro. Lo que conduce a pensar que la transmisión de la propiedad se produce por este acuerdo completado con la inscripción. Aunque la entrega cumple un propósito diferente en la transmisión realizada por una persona que es el titular, en comparación con la adquisición de buena fe de una persona que no lo es en realidad. En el primer supuesto, el requisito de transmisión sirve a la seguridad jurídica, ya que un cambio de derechos de propiedad solo tiene lugar cuando se lleva a cabo un acto real de transferencia. En el segundo, el requisito sirve al tercero que contrata desconociendo la inexactitud del Registro. Así se infiere del § 891, pues presume que si en el Registro Inmobiliario está inscrito un derecho en favor de alguien, este le pertenece. Asimismo, si en el Registro aparece extinto un derecho inscrito, el derecho no existe. Lo que significa que tanto lo que ingresa como aquello que se elimina es correcto.¹³ De forma semejante el § 892, que se refiere a la fe pública y que establece:

el contenido del registro inmobiliario se considera exacto en favor de aquellos que adquieren, mediante negocio jurídico, un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, a no ser que se extienda un asiento de contradicción contra la exactitud o la inexactitud sea conocida por el adquirente. Si el titular se encuentra limitado en el poder de disposición sobre un derecho inscrito en el registro inmobiliario en beneficio de una determinada persona, la limitación solo es eficaz frente al adquirente, si resulta del registro inmobiliario o si es conocida por el adquirente.

• • •

13 OLG München (Tribunal Regional Superior de Múnich), 29 de mayo de 2015 (Az. 34 Wx 24/15): «d) Eine Unrichtigkeit des Grundbuchs kann auch nicht deshalb angenommen werden, weil der Beteiligte gemäß § 873 Abs. 2 BGB mit Antragstellung der aus der Dienstbarkeit Verpflichteten eine Anwartschaft (hierzu im Einzelnen: BGHZ 45, 187/190 f.) auf ein gegenüber den Grundschuldberechtigten vorrangiges Gehund Fahrrecht erworben hätte» [d) Tampoco se puede presumir una incorrección del registro de la propiedad por el hecho de que el interesado, según el artículo 873.2 del Código Civil, hubiera adquirido una expectativa (sobre esto en detalle: BGHZ 45, 187-190 y ss.) a un derecho de paso y a un derecho de paso que tiene prioridad sobre los derechohabientes del terreno]. En el mismo sentido, OLG München (Tribunal Regional Superior de Múnich), 7 de noviembre de 2011 (34 Wx 400/11).

Eso lleva a plantear que la inscripción es plenamente eficaz con relación a cualquier adquirente de buena fe; aunque luego resulte que la realidad jurídica no coincide con la real, el adquirente de quien está legitimado para transmitir según el Registro se convertirá en verdadero titular si desconocía la inexactitud del asiento del que deriva su derecho.¹⁴ En consecuencia, el Registro intenta no solo reflejar la realidad jurídica inmobiliaria, sino entregar confianza y proteger a los terceros de buena fe.

En cambio, en los registros declarativos, los derechos reales nacen, se modifican y extinguen antes que el título ingrese al Registro. Con el solo título o con el título y la tradición de la cosa opera la transformación inmobiliaria. De tal forma que se reconoce la preexistencia del derecho real que ha nacido fuera de él y se convierte en un requisito necesario para oponer el acto o derecho a terceros (LASARTE, 2018, p. 353; ACEDO, 2019, p. 278). Así, por ejemplo, en el registro español, de acuerdo a los artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria, los derechos reales nacen, se modifican y extinguen al margen del Registro, en virtud de los actos y contratos que, ya sea en documento público o privado, realizan los interesados respecto de los bienes inmuebles. De ahí que el Registro se limita a dar publicidad formal a aquellos actos que ya nacieron fuera de sus libros (LASARTE, 2018, p. 353). Así, quien adquiere un derecho real sobre un inmueble, en especial la propiedad, puede no efectuar la inscripción de su derecho, la transmisión es válida, sin embargo, no será protegido por el sistema jurídico registral (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 502). Aunque si desea obtener la protección que el Registro dispensa, la inscripción constituirá un requisito para obtener la plena eficacia del contrato frente a terceros, pues “los derechos reales sobre inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el registro de la propiedad, no perjudican a terceros”,¹⁵ deduciéndose, por tanto, que sí tendrán eficacia entre quienes no tengan esa condición de tercero.

De esta forma, la Ley Hipotecaria española optó por no interferir en el proceso de transferencia del dominio, en tanto, sí por otorgar seguridad sobre lo publicado en el Registro para quien desea inscribir su derecho, como para quien aspira a saber con certeza que adquiere de la persona que es titular y puede transmitir la propiedad (GORDILLO CAÑAS, 2020, p. 80). Por esta razón, de un lado, mantuvo el carácter declarativo y voluntario de la inscripción en el Registro de propiedad, como la conveniencia de inscribir. La propiedad y demás derechos sobre inmuebles se adquieren al margen del Registro, mediante título y modo, a la vez que el titular solo queda protegido frente a terceros si inscribe su título en el Registro de la propiedad.¹⁶ Sin embargo, de otro lado, se preocupó de extender los efectos y las consecuencias de

•••

¹⁴ *Bundesgerichtshof* (BGH) (Tribunal Federal de Alemania), 23 de julio de 2015 (V ZB 1/14).

¹⁵ Artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

¹⁶ Sentencia AP-Barcelona (Civil), 14 de enero de 2011 (17/2011): «El Registro de la Propiedad nació para dar seguridad a las inversiones económicas [...]. El Estado creó el Registro de la Propiedad y lo dotó de

la inscripción con relación a los terceros (JEREZ DELGADO, 2016, p. 6; DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 519).

El art. 38 de la LH establece que “a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo, se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos”. Como se puede ver, la disposición establece una presunción que protege a quien inscribió su título en el Registro, pues determina, salvo prueba en contrario, que lo inscrito en él existe y pertenece al titular registral en la forma que expresa el asiento, y que este tiene la posesión (LASARTE, 2018, p. 355). Por esta razón, se ha sostenido que la presunción de la existencia comprende que el derecho está inscrito y, como le precede un título, también supone la eficacia del negocio constitutivo. Asimismo, admite que el derecho inscrito pertenece a aquella persona que en el Registro aparece como titular y que el derecho tiene el contenido y los atributos que en el asiento se expresan. Por último, que el titular tiene la posesión (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 503-504). Aunque respecto de esta última, para Lacruz Berdejo, se trata de una posesión civil, en el sentido que los artículos 430 y siguientes del Código expresan, con sus limitaciones y sus posibilidades de protección (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, p. 184). En cambio, para Díez-Picazo y Lasarte, el artículo atribuye al titular registral la protección posesoria, a menos que se pruebe que carece de toda relación directa con la cosa, en definitiva, que no es poseedor (LASARTE, 2018, p. 357). Con todo, parece que esta última posición es la correcta, porque la misma ley se encarga de señalar en el artículo 35 que, a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción y se presumirá que aquel ha poseído durante el tiempo de vigencia del asiento (MORALES MORENO, 1971, p. 1136). Todavía más, regula especialmente esta institución en cuanto afecta o pueda afectar solo en ciertas situaciones a quien tiene su derecho inmobiliario inscrito en el Registro de la Propiedad. De modo que la inscripción permite que el titular registral sea tratado como verdadero y protegido en esa calidad.

...

un singular efecto jurídico; lo que no figurase en él, no podría perjudicar [...]. El público se muestra reticente a invertir sus activos patrimoniales si no tiene la seguridad de que lo que compra lo compra en firme y sin riesgo de perderlo después, sobre todo si se trata de una inversión tan importante como suelen ser las que se refieren a inmuebles. [...] Este es el espíritu y la finalidad de la ley, lo que inspira el sistema y lo que ha de servir para entenderlo e interpretarlo». El Registro de la Propiedad otorga seguridad jurídica a los derechos inscritos en él. Favorece la seguridad y agilidad del tráfico jurídico. Además, el Registro de la Propiedad hace públicos los hechos, actos y derechos en él inscritos. El art. 607 del Código Civil añade que el Registro de la Propiedad será público para quienes tengan interés en conocer el estado de los inmuebles o derechos reales inscritos.

De ahí que el titular registral puede disponer del derecho y transmitir; aunque en el ordenamiento español esta facultad es uno de los requisitos para producir la mutación dominical, también depende del adquirente.¹⁷ Por ello, en el caso de que el titular inscrito no tenga la posesión, la validez de la mutación requiere buena fe y que se haya adquirido a título oneroso.

Esto último da paso a admitir que en este sistema la inscripción protege a terceros, tanto disponiendo que aquello que no esté inscrito en el Registro les es inoponible, como confiando carácter indeleble a la inscripción si el tercero ha adquirido confiando en la veracidad y exactitud del Registro y, por consiguiente, amparándose en él (PRADI *et al.*, 2017, p. 77). Según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, “los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a terceros”. Esto implica que si el titular que adquiere un derecho no lo inscribe, no puede luego ejercer u oponerlo al tercero que, si lo hizo, no puede dirigir pretensión alguna contra el tercero argumentando desconocimiento del derecho real constituido o transmitido conforme a la tradición y a la inscripción, que en este caso dota de publicidad a su contenido real (CÁMARA LAPUENTE, 2004, p. 944).¹⁸ Sin embargo, el efecto de que el derecho inscrito no resulte perjudicado por el que se dejó de inscribir, ni favorece la confianza en el dato registral previo, ni requiere la previa inscripción del derecho en cuya adquisición se va a proteger a quien inscribe, pues tan solo garantiza a quien inscribe que su derecho no resultará afectado por la existencia de otro que tenga su origen en un título no inscrito, pero no le protege *per se* que su adquisición sea inatacable. Para Gordillo, la oponibilidad denota el efecto de una publicidad negativa: garantiza a quien inscribe que su derecho no resultará impedido por la existencia de otro otorgado por su causante a favor de cualquiera que no lo haya inscrito; pero no garantiza que la adquisición —la del adquirente protegido por haber inscrito— es definitivamente válida y eficaz: si el transmitente no era dueño, el adquirente que inscribe quedará a merced de la acción reivindicatoria en tanto no logre consumir la usucapión (GORDILLO CAÑAS, 2004, p. 395). De este modo,

...

17 Sentencia AP-Madrid (Penal), 25 de julio de 2019 (477/2019): El art. 38 de la Ley Hipotecaria consagra el llamado principio de legitimación registral, en virtud del cual: «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». En base a esta disposición la sentencia califica como ilegítima la ocupación de los bienes inmuebles. En la Sentencia AP-Madrid (Sección 13^a), sentencia 17.01.2018. «En el presente caso, el dominio consta inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de la actora por lo que ostenta la presunción *iuris tantum* del dominio del derecho real inscrito a su favor que deriva del artículo 38 de la LH, presunción que no ha sido desvirtuada por la parte apelante que es la que ocupa la vivienda. La propia parte apelante, además, reconoce en el párrafo tercero de la alegación primera de su recurso que no ha existido relación jurídica con el anterior o anteriores titulares registrales del inmueble».

18 Véase, Sentencia AP-Málaga (Civil), 21 de julio de 2013 (345/2013).

supóngase que A no tiene la finca inscrita y la vende a B y después la vende a C, y el primero que llega al Registro es la adquisición de C; conforme al artículo 32 se protege a C frente B, porque aquel inscribió y surge una protección a su favor, que puede no ser definitiva, pero que lo coloca en una mejor posición frente a quien no inscribió. Si, por ejemplo, C transmite a D y este es adquirente a título oneroso y de buena fe (y han transcurridos los dos años a contar de la inmatriculación de la finca), D quedará protegido, pero por el artículo 34 de la LH.

En efecto, pues, el artículo 34 indica que:

el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Esta disposición protege al tercero que a título oneroso y de buena fe adquirió un bien de titular registral e inscribió su título en el Registro de la Propiedad, aunque posteriormente se pruebe la falta de poder de disposición del transmitente. El inciso segundo hace consistir la buena fe del tercero en el desconocimiento de la inexactitud registral; pero tan cierto como ello es que, según el inciso primero de este mismo artículo, las causas no inscritas de anulación o resolución del derecho inscrito vienen a constituir uno de los supuestos de inexactitud registral respecto de los cuales se protege al tercero.¹⁹ De esta forma el sistema ampara la fe pública registral, que se traduce en la confianza de que la titularidad que aparece es real, solo así se justifica el escudo que impide las agresiones contra el tercero y torna la convicción depositada en una presunción *iuris et de iure* de veracidad y exactitud del Registro. Sin embargo, para los fines de esta investigación, el problema se presenta al momento de cuestionarse si la percepción de veracidad del titular que transmite alcanza la validez y eficacia del título. Por ejemplo, si el titular registral aparece como tal en el Registro, y se desconocen los vicios o defectos que afectan al contrato suscrito por este. Si el asiento publica un título falso o inválido, la protección que dispensa la norma ampara la ignorancia de tal invalidez. El artículo 33 de la Ley Hipotecaria dice que la “inscripción no convalida los actos o contratos que sean

...

19 Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1º, Civil), 13 de mayo de 2011 (342/2011), destaca que la presunción de exactitud registral, que es la esencial eficacia del Registro de la Propiedad, se traduce en el principio de legitimación registral (eficacia defensiva de la inscripción) recogido en los artículos 38, 97 y 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, y el principio de fe pública registral (eficacia ofensiva de la inscripción) que proclaman los artículos 32 y 34 de la LH. Véanse artículos 9 y 51 de la LH.

nulos con arreglo a las leyes”, estos siguen siendo nulos y como tales no producirán los efectos queridos por las partes; afectarán a terceros y especialmente a los adquirentes, salvo que entrañen las condiciones del artículo 34. El artículo 33 LH únicamente incluye los supuestos de nulidad del título del proceso transmisivo y no del modo. Siendo así, la adquisición se da, aunque el modo sea inválido, pues el artículo 34 LH sana la falta de poder de disposición de la que adolece dicho modo, y con ello se dan los dos requisitos necesarios para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales en virtud del artículo 609 del Código Civil (MURGA, 2012, p. 2028).

La doctrina española sostiene que la estabilidad que ofrece al adquirente comprende la embestida del titular extra registral y, por lo mismo, la protección no necesariamente se extiende a los demás posibles defectos del titular que dispone del derecho, como son las circunstancias propias del estado civil, capacidad y otras situaciones jurídicas meramente obligacionales (MURGA, 2020, p. 834). Aunque se mantiene mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, p. 238), porque no aparece en esta otra titularidad ni tampoco circunstancias o factores que puedan anular, resolver o limitar el derecho del disponente. En consecuencia, el artículo 34 protege al adquirente frente a cualquier impugnación de su título adquisitivo, nacido de un titular registral anterior, que pretenda la anulación o la resolución del derecho del *tradente*.²⁰ No obstante, las excepciones establecidas en el artículo 37, esto es, si las acciones rescisorias y resolutorias deben su origen a causas que consten explícitamente en el registro; las de revocación de donaciones, en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el registro; las de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen; las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a terceros. Así, el tercero se mantiene en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho de su transmitente por causas que no constaban en el Registro. La fe pública registral, en

•••

20 “La Fundación no puede recuperar las parcelas cuyos adquirentes están protegidos por la fe pública registral. Los terceros adquirentes gozan de condición de tercero de buena fe a los efectos del art. 34 LH y al cual no le son oponibles ninguna de las excepciones contempladas en el mismo cuerpo legal. Se parte de la presunción de exactitud registral, expresión de la eficacia del sistema registral, y en la misma, la presunción *iuris et de iure*, plasmada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conocida como principio de fe pública registral que protege decisivamente al adquirente, que es tercero hipotecario, haciendo que lo que no consta en la inscripción registral, no le afecta, en el sentido de que se le mantiene, cuando adquiere de buena fe y a título oneroso, en su adquisición, confiado en lo que expresa el Registro. Los presupuestos para la aplicación del principio los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, buena fe, a título oneroso e inscripción del derecho. Se hace lugar al recurso de casación”. Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1º, Civil), 30 de junio de 2008 (626/2008).

este concreto supuesto, es entonces el cauce por el que discurre la seguridad del tráfico en el sistema español: “aquella que exige que ninguna adquisición se pueda ver frustrada por defecto de causa alguna que no pudo conocer el adquirente de buena fe” (GORDILLO CAÑAS, 2006, p. 532).

3. LA INSCRIPCIÓN “CONSTITUTIVA” EN CHILE

A diferencia de lo que sucede en España, en Chile la inscripción es la única manera de realizar la tradición de los derechos reales inmuebles. En nuestro derecho esta idea se desprende del artículo 686 del Código Civil, según el cual la propiedad y los demás derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles se adquieren y transmiten por la tradición, la que se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador. Aparece, pues, en este artículo la regla basal, que dispuso un sistema de inscripción constitutiva, vale decir, ella es la que da vida al derecho real y toda modificación inmobiliaria posterior se produce merced a una nueva inscripción registral (ALCALDE, 2019, p. 213; ZÁRATE, 2019, p. 229). En efecto, como resultado de la primera revisión a la que fue sometido el Proyecto impreso en 1853,

se asumió el sistema conforme al cual la tradición de los bienes raíces, y de ciertos otros derechos, se efectuaría por la inscripción del título en el Registro del Conservador, si bien se mantenía la terminología de una ‘tradición de los Bienes Raíces’, como podía leerse en el proyecto inédito, en cuyos artículos se reflejan los resultados de esa primera revisión. En él se leía un nuevo artículo 826 que contenía los tres incisos siguientes: 1º se sustituyó la expresión tradición de los Bienes raíces por tradición del dominio de los Bienes Raíces [...]. (BARRIENTOS, 2013, p. 696)

La inscripción consiste, según afirma la doctrina, en un asiento idóneo para incorporar al Registro una vicisitud real de carácter definitivo (LASARTE, 2018, p. 352).

Es un asentamiento o traslado que se hace en los libros del Registro, del contenido de los títulos presentados, con la finalidad de otorgarles un carácter de permanencia y, asimismo, para que la persona a favor de quien se realiza la inscripción goce de la protección de su derecho frente a eventuales perturbaciones por parte de terceros. (VIVAR MORALES, 1994, p. 117)

Es una constancia que otorga protección jurídica específica al titular inscrito (JARA SILVA, 2019, p. 1). Estas concepciones aparentemente sencillas adquieren complejidad tan pronto como se indaga sobre si realmente la inscripción en el sistema chileno tiene el carácter constitutivo que se le atribuye, pues habría una mutación jurídico-real, en el sentido de

que esta inscripción al parecer no prueba el dominio (titularidad dominical), sino la posesión.²¹ Por ende, podría haber posesión y, sin embargo, inseguridad del dominio hasta que transcurra el plazo de prescripción (FLORES y PEÑA, 2014, p. 54; ALCALDE, 2019, p. 215). Así lo ha señalado la Corte Suprema a propósito de la vulneración del artículo 582 del Código Civil, toda vez que, “a pesar de no haber probado la actora su propiedad sobre el suelo que litiga, carga que pesaba sobre sus hombros, por ser el fundamento de su acción en este procedimiento”, como lo ha sentado la abundante jurisprudencia que detalla, de esta Corte Suprema, del año 1985, y de distintas Cortes de Apelaciones, de los años 1986 y 1998, entre la que realza un fallo de este tribunal,²² que, en lo pertinente, señala “que, la inscripción en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces de un inmueble no comprueba necesariamente que pertenezca en dominio al titular, lo que solo ocurriría si el tradente o el antecesor hubiese sido dueño del bien inscrito, pues nadie puede transferir más derechos de los que tiene [...]”. Explica que, en este caso particular, no aceptó únicamente la inscripción postrera, sino que también las anticipadas para acreditar el dominio del demandante, pues obraban antecedentes que demostraban que los demandados derivan su derecho de una inscripción antelada, totalmente desvinculada de la del actor.²³ En el intertanto, y en virtud

...

- 21 Según Trucco, la originalidad de nuestro Código Civil consiste en haber dado a la inscripción dos caracteres que antes no tenía, haciéndola desempeñar dos nuevas funciones de la mayor importancia: de símbolo de la tradición y de símbolo de la posesión. Toda la doctrina de la posesión inscrita descansa en la ficción legal de que el poseedor inscrito, con título anotado por más de un año, tiene en su favor, por el hecho de la inscripción, los dos elementos constitutivos de la posesión: la tenencia y el ánimo de señor. El Proyecto Inédito de Código Civil le quita a la inscripción el doble carácter que se le atribuía en el Proyecto del 53, como una forma ora real ora simbólica de efectuar la tradición, se la deja subsistente como la única manera válida y legal de hacer la tradición de las cosas inmuebles, y se le da, por primera vez, rol jurídico en lo concerniente a la posesión de los mismos bienes. El Código favorece al poseedor inscrito, al acordarle el privilegio de ponerlo a cubierto de toda prescripción (art. 2505) y de asegurarlo en forma tal, que no pueda perder su posesión ni aun por el apoderamiento de la cosa que haga otro, con ánimo de señor (art. 728 inc. 2º) (TRUCCO, 1910, p. 614, 616 y 622).
- 22 Véase *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, 1981, 2da. Parte, sección 1º, considerando 4º, p. 5.
- 23 Agrega que a la época de vigencia del Código Civil no existía tal método conservatorio para el dominio, pero dado que la finalidad era identificar «inscripción, posesión y propiedad en términos idénticos», se debió entronizar un régimen para el derecho de propiedad y demás derechos reales, a excepción de las servidumbres, respecto de los bienes raíces inscritos y no inscritos; es por ello que se sostiene que la tradición de tales derechos reales sobre inmuebles «deberá hacerse por inscripción en un registro», para luego añadir que la «transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras esta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva;

de nuestro sistema de título y modo, la inscripción dependerá de la suerte que pueda correr el título,²⁴ nulidades o resoluciones de los actos o contratos. Lo trascendente para el sistema es que, si estas acciones son acogidas, se procederá a una alteración en las inscripciones. La inscripción actualmente vigente será cancelada y revivirá la anterior o se practicará una nueva. Así, en virtud del artículo 675 del Código Civil, que para la validez de la tradición exige título y modo y siendo la inscripción la forma de efectuar la tradición “al disponer un efecto directo de la suerte del título en la tradición subsecuente y no imponer excepción relativa al Registro configurando la tradición causada, la nulidad de título provoca la nulidad de la inscripción-tradición” (PEÑAILILLO, 2019, p. 828). Como se puede ver, son diversos los problemas que produce la alternativa –título y modo– por la que optó el Código Civil. ¿Cuál es entonces el valor de nuestra inscripción, a quién protege y cómo? La doctrina viene contestando a esta pregunta y señala que es constitutiva en su función, pero no en sus efectos (PEÑAILILLO, 2019, p. 747; FLORES y PEÑA, 2014, p. 55), o bien que es constituida, aunque no convalidante, la falta de validez del título acarrea la de la inscripción (SEPÚLVEDA, 2014, p. 258; ROSSEL, 2009, p. 1).

El artículo 700 inciso 2° del Código Civil, que dispone que “el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”, ha conducido a afirmar que se reputa como titular del derecho al que figura como tal en la inscripción –mientras que el verdadero propietario no se dé a conocer o no la reclame–, atribuyéndole todas las facultades inherentes a esa calidad, pudiendo disponer con plena eficacia de su derecho inscrito y también liberar al titular inscrito de la prueba, que deberá soportar quien asevera alguna disconformidad en el registro.²⁵ En la misma línea se han pronunciado nuestros tribunales al

...

y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor». Se aclara que no se otorga “a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición” (Mensaje del Código Civil). Sentencia Corte Suprema de Chile (Tercera), 21 de noviembre de 2015 (N° 15161/2015). Véase el voto disidente en Sentencia Corte Suprema de Chile (Primera), 12 de mayo 2011 (N° 9499/2009). En el mismo sentido, Sentencia Corte Suprema de Chile (Primera), 6 de diciembre de 2016 (N° 58991/2016), y Sentencia Corte Suprema de Chile (Tercera), 7 de diciembre de 2016 (N° 34799/2016).

24 Primer Juzgado de Letras de Quillota, Chile, 22 de septiembre de 2014 (C-718-2013). Caratulados “G.M., G.A. con R.T., M.E.”, doña G.A.G.M. dedujo demanda de inexistencia y en subsidio de nulidad de inscripción conservatoria en contra de doña M.E.R.T. Por sentencia de primer grado de once de diciembre de dos mil catorce –en cuanto interesa al recurso en estudio– se acogió la demanda subsidiaria de declaración de nulidad absoluta y declaró nula la inscripción que figura practicada a fojas 2596 N 2323 del Registro de Propiedad del año 2007 del Conservador de Bienes Raíces de Quillota a nombre de la demandada y ordenó su cancelación, con costas. Corte Suprema de Chile (Civil), 17 de noviembre de 2016 (N° 22881/2015).

25 Corte de Apelaciones de San Miguel, Chile, 18 de julio de 2001. Caratulado Olivares Villarroel, Margarita con Barros Pérez, John.

admitir que la presunción de dominio establecida en el inciso 2° del artículo 700 del Código Civil importa considerar como dueño al poseedor y el efecto procesal de alterar la prueba, de manera que no es el tercerista en cuyo poder se embargaron las cosas en que recayó la traba el que deba entrar a reunir presunciones para probar su dominio, porque la ley desde ya lo presume a su favor, y es la contraparte quien debe probar que no obstante haber tenido la tercerista los bienes en su poder al momento del embargo, no era su dueña, sino otra persona, concretamente el ejecutado.²⁶ En consecuencia, si en el Registro consta la inscripción, la probabilidad de que el titular sea el propietario autoriza a presumirlo como tal. Lo que figura en el Registro se considera veraz hasta que se demuestre la diferencia entre lo reflejado en él y la realidad. La forma de demostrarlo podría ser probando que no existe el derecho inscrito o que el verdadero titular es distinto al que figura en el Registro, a fin de cuentas. De este modo, la inscripción en nuestro sistema le otorga poder al titular registral, tanto desde el punto de vista de que el derecho existe y que pertenece a dicho titular mientras el derecho permanezca inscrito, siendo tratado como dueño en todos los órdenes y manifestaciones jurídicas, esto es, con la posibilidad de ejercitar todas las facultades inherentes al dominio, como también desde que el derecho no inscrito no existe o aquellos que constan en asientos cancelados ya no están más.²⁷

...

- 26 “Conforme lo dispuesto por el artículo 700 del Código Civil, en su inciso segundo, ‘El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo’, esta norma establece una presunción simplemente legal, que en el caso en particular determina que la carga del *onus probandi* corresponderá al tercerista de posesión, quien deberá acreditar los hechos en que funda su reclamación. En la tercería de posesión el hecho que debe probarse es el siguiente: efectividad de encontrarse los bienes muebles o inmuebles objeto del embargo, al momento de la traba, en posesión del tercero opositor”. Corte Suprema de Chile (Primera), 5 de enero de 2010 (N° 4002/2008). “Se rechaza el recurso de casación en el fondo, toda vez que los jueces de la instancia establecieron como hechos de la causa que la corporación demandante es poseedora inscrita del predio materia del litigio, razón por la cual, de conformidad al inciso 2° del artículo 700 del Código Civil, debe presumirse dueña de este. A su vez, acreditado por el demandante de precario que es dueño del inmueble y que lo ocupa el demandado, cabe presumir la mera tolerancia de aquel si el último no exhibe título alguno que autorice o justifique esa posesión, punto que a él le incumbe probar, lo que no ocurrió en el juicio”. Corte Suprema de Chile (Primera), 23 de abril de 2013 (N° 5054-2012).
- 27 “Con su actuar el citado Conservador no solo transgredió el principio de legalidad, sino también el de legitimación registral y de buena fe registral. La legitimación registral es la seguridad de que el derecho incorporado al Registro efectivamente existe y con los caracteres de que da cuenta la inscripción: implica, pues, una presunción de exactitud de la constancia registral”. Corte Suprema (Primera), 19 de noviembre de 2015 (N° 1133/2015). “Así, la decisión adoptada en estos antecedentes confronta abiertamente el principio de legitimación registral conforme al cual el sistema debe otorgar certeza a los asientos registrales, lo que ha sido desconocido por los sentenciadores al modificar los títulos inscritos sin que se haya demandado, violando, de paso, la fe pública que deben proporcionar esos mismos registros y perjudicando aún a terceros ajenos al juicio, quienes también son afectados con el fallo por la sola circunstancia de ser propietarios de

En tanto, la fe pública registral no está consagrada en términos de que se repute exacto el registro y pueda, de esta forma, protegerse al adquirente que contrató con la convicción y la certeza de que el contenido del registro es exacto, según lo confirman situaciones tales como aquella que regula los efectos de la nulidad judicialmente declarada respecto de terceros: el ordenamiento contempla expresamente una acción real a la parte que tiene derecho a exigir la restitución de la cosa, la acción reivindicatoria, que dicha parte podrá ejercer en contra del tercero que la posea, sin distinción alguna.²⁸ Esta solución es consecuencia del principio de que nadie puede transferir más derechos que los que tiene sobre la cosa, lo que resulta de considerar que si el *tradente* no adquirió el dominio por la tradición que se le hizo en virtud de un contrato nulo, la enajenación que de la cosa hace a un tercero no le transfiere el dominio (1689 del Código Civil) (BARCIA, 2011, p. 146; VIAL DEL RÍO, 2011, p. 286; LÓPEZ, 2019, p. 141). En esta misma línea se han pronunciado los tribunales de justicia:

[...] la acción incoada en un juicio contencioso, diverso del que terminó con la tradición por la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces, únicamente puede culminar con la cancelación de la inscripción, en la medida que se canalice contra un tercero distinto de los comuneros que participaron en la enajenación. Para ello, 'forzoso es intentar la acción reivindicatoria' contra el tercer poseedor.²⁹

Y la cláusula que establece la obligación del vendedor de responder por el saneamiento por evicción cuando el comprador es turbado en su dominio o posesión por actos de un tercero que pretende derechos sobre la cosa vendida de acuerdo a los artículos 1837 a 1856 del Código

...

predios colindantes a los de autos, produciéndose una suerte de expropiación a sus espaldas". Corte Suprema (Primera), 13 de agosto de 2013 (N° 6826/2012). En el mismo sentido, Corte Suprema de Chile (Primera), 7 de febrero de 2012 (N° 1279/2012). Corte de Apelaciones de La Serena, Chile (Única), 9 de abril de 2013 (N° 1279/2012). Y Sentencia de 2° Juzgado de Letras de La Serena, Chile, 10 de mayo de 2011 (V-779-2010).

²⁸ Por ejemplo, en un caso en que se pide nulidad de los contratos y cancelación de la inscripción. «El fallo reconoce la unidad del predio y de la inscripción, pero luego de disponer las cancelaciones de las inscripciones de dominio generadas con ocasión de los contratos de compraventa declarados nulos, ordena que su parte restituya el retazo de terreno expropiado, en circunstancias que ha quedado sin inscripción y sin dueño, y, por ende, no es posible proceder a restitución alguna, e hizo constar además que la venta se realizó a sabiendas de que se trataba de un bien que estaba fuera del comercio humano, lo que corrobora la ilicitud generadora de nulidad». Corte Suprema de Chile (Tercera), 20 de febrero de 2017 (N° 35175/2016).

²⁹ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, 11 de julio de 2019 (N° 4386-2018). En el mismo sentido, Sentencia Corte Suprema de Chile (Primera), 26 de mayo de 2016 (N° 28881/2015).

Civil (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2011, p. 48),³⁰ con lo que la prueba del dominio ha de encontrarla recién en la prescripción (ALCALDE, 2019, p. 217; PEÑAILILLO, 2019, p. 785; ROSSEL, 2009, p. 1). Tampoco en el caso de la acción reivindicatoria que puede ejercer el heredero en contra de terceros de buena o mala fe, porque estima el interés del heredero por sobre el de los terceros (art. 1268), aunque en el derecho comparado la tendencia sea otra.

En efecto, estos principios, aunque se dicen reconocidos o reflejados en el Reglamento por ejemplo, en los artículos 13, que señala cuándo el Conservador de Bienes Raíces puede negar la inscripción; 57, que determina lo que se exige para llevar a efecto la inscripción; 61, de cuándo el apoderado o representante legal ha de presentar el título de su mandato o representación; 62, de la admisión como auténticas de las copias autorizadas, y 65, de la anotación del extracto de la copia auténtica en el Repertorio, no parecen estar contemplados en las normas sustantivas del Código Civil, según demuestran las disposiciones citadas, lo que proyecta incoherencias entre ambas normativas (PEÑAILILLO, 2019, p. 829), las que se deben resolver si se pretende proteger el tráfico inmobiliario (OTÁROLA, 2020, p. 192). Así lo ha reconocido la jurisprudencia al señalar que lo fundamental en esta materia es que:

los derechos y obligaciones adquieran certeza, y publicidad necesaria para lograr estabilidad social [...], por ende, es imprescindible la continuidad en sus registros debiendo estos representar la real situación que afecta a los bienes o derechos comprometidos, en conformidad con el principio de fe registral, por el que se insta por la protección de los actos jurídicos que se hayan producido confiando en el contenido del registro, con el objeto de amparar a los terceros adquirentes de derechos, sobre la base de la información contenida en el Libro en que se deja constancia de la debida inscripción de los títulos.³¹

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico chileno, esta protección parece estar contemplada en otras figuras vinculadas a enajenaciones a terceros que siguen a relaciones obligacionales,

...

³⁰ También, sentencia de Juzgado de Letras de Molina, Chile, 3 de marzo de 2012 (C-669-2010) que señala: “Junto con aquello, al tenor de lo dispuesto en los artículo 1837 y siguientes del Código Civil, citaron de evicción al Banco de Chile, ya individualizado, en su calidad de vendedor, a fin de que defienda los derechos de ambos y los ampare en la posesión que afirmaron tener sobre el inmueble, o en caso contrario los indemnice, petición a la cual el Tribunal accedió mediante resolución de fojas 40”. En el mismo sentido, sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso (Civil), 6 de junio de 2011 (N° 104/2009).

³¹ Corte Suprema de Chile (Cuarta), 22 de junio de 2017 (N° 10.251-2016); Corte Suprema de Chile (Tercera), 19 de junio de 2017 (N° 82.344-2016); Corte Suprema de Chile (Primera), 24 de mayo de 2016 (N° 10.646-2015); Corte Suprema de Chile (Cuarta), 9 de noviembre de 2017 (N° 55.060-2016); Corte Suprema de Chile (Cuarta), 30 de julio de 2014 (N°918-2014); Corte de Apelaciones de Valdivia, Chile (Civil), 8 de marzo de 2016 (N° 60-2016).

entre ellas el pago de lo debido (art. 2303); el artículo se pone en el caso de que el *accipiens* que indebidamente recibió un pago haya enajenado la especie a un tercero. En tal evento, quien pagó indebidamente tendrá acción contra terceros adquirentes a título gratuito (“lucrativo”), si es reivindicable la especie y existe en su poder (LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, 2015, p. 95). Por el contrario, si el tercero adquirió de buena fe y a título oneroso, el *solvens* no tendrá acción en su contra, tanto porque ha efectuado un desembolso patrimonial para adquirir, como porque no sabía o ignoraba la existencia del pago indebido (ABELLIUK, 2009, p. 712). Nótese que la buena o mala fe no tiene importancia, si el tercero adquirió a título gratuito: siempre habrá acción en su contra. Esta misma consideración parece estar presente en la enajenación de bienes muebles efectuada por un cónyuge en sociedad conyugal, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que estos pudieren intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o la tradición del bien respectivo, en ambas se requiere buena fe y que el acto o contrato sea a título oneroso (art.1739). También, aunque con diferencias en la resolución, la rescisión y revocación de las donaciones entre vivos. El artículo 1432 de este Código dispone que “la resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dará acción contra terceros poseedores, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas [...]”. Según esto, la “rescisión” de una donación entre vivos, es decir, la declaración de nulidad relativa, no daría acción contra terceros poseedores de buena fe, sino cuando se hubiera cumplido con lo dispuesto en algunos de los numerales del artículo citado; es decir, habría casos de rescisión en que esta no daría acción contra terceros, de modo que la disposición altera las normas sobre nulidad respecto de terceros (DUCCI CLARO, 2010, p. 230). Aunque algunos niegan esta cuestión argumentando que no se trata realmente de una acción de nulidad debido a que la donación puede ser perfectamente válida, no contener vicios de ninguna especie; pero si llega a menoscabar las legítimas rigurosas o la cuarta de mejoras, debe quedar sin efecto en la parte que cause ese menoscabo (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2010, p. 359; TAVOLARI, 2009, p. 248). En consecuencia, se está frente a una resolución, es decir, el cumplimiento de una condición resolutoria que no da lugar a una acción contra terceros de buena fe;³² mas no frente a una verdadera resolución. Algo análogo disponen los artículos

• • •

32 “La norma que supuestamente afecta a su mandante, la del artículo 1689 del mismo Código, contiene ciertas excepciones, operando una de ellas en el presente juicio. Que dispone el artículo 1432, en relación al 1426, ambos del Código Civil, normas a propósito de las donaciones entre vivos, que por regla general, al operar la resolución, rescisión (nulidad) y revocación de la donación, no existe acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores. Que sin embargo, dicha norma limita el ejercicio de dicha acción a partir de los numerales en ella enunciados. Que el numeral 3 de dicha norma dice que cuando se ha procedido a

1490 y 1491 del Código Civil que, en caso de resolución, no procede acción reivindicatoria si el tercer adquirente estaba de buena fe, aunque la adquisición sea a título gratuito. En este último caso el Código Civil permite privar de efecto solo a aquellas enajenaciones en las que el adquirente sabía o debía saber el derecho resoluble de su causante; vincula la adquisición a la buena fe para determinar si esta se consolida o sana, a partir de lo dispuesto por sus artículos 1490 y 1491. Para Mejías, en este caso estamos ante una “colisión de intereses entre la seguridad del tráfico y la seguridad de la riqueza ya adquirida que se resuelve a favor de la primera en aquellos casos que el tercero actúa de buena fe a partir de una creencia errónea, por medio de un título en oneroso” (MEJÍAS, 2016, p. 288-289). En el mismo sentido, indica Cornejo que el interés del propietario original es postergado en favor de la protección al tercero adquirente, debiendo conformarse con los eventuales efectos personales que se siguen de la relación que mantenía con el primer adquirente. El ordenamiento hace primar la protección de la apariencia, incluso contra el titular real del bien (CORNEJO, 2018, p. 73).

De ahí que a partir de las situaciones descritas es posible advertir que el legislador considera que los terceros están protegidos de la acción por medio de la buena fe y por la apariencia que rodea la tradición del bien, esto es, la existencia de hechos o conjunto de hechos que provocan que el tercero confíe, aunque con oposición de quienes sostienen que “la eficacia no puede descansar en la apariencia, esta se basa en un error, esconde una realidad distinta, es una cosa que parece ser y no es” (SEPÚLVEDA, 2014, p. 81), sino en la veracidad y la calidad de la información que se consigna y publica en el Registro. Es lo que ocurre con quien desconoce la existencia de una condición por no constar en el título o el tercero que reúne los requisitos establecidos en las disposiciones citadas. El principal efecto de la apariencia es que, “respecto de estos terceros de buena fe que se han guiado por el acto aparente, se generan derechos que bajo otras circunstancias no se habrían originado” (SALAH ABUSLEME, 2008, p. 196). En efecto, nace para el tercero que ha confiado en la apariencia un derecho de carácter originario.

Por lo tanto, habiendo adquirido los terceros la cosa, la buena fe se da por “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”. Así, en los títulos traslaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato (art. 706, incisos 1° y 2°, del Código Civil). La creencia, en estos casos, importa creer que es verdadera, aunque no lo sea; el que duda de la legitimidad de la adquisición posee de mala fe. Así queda de manifiesto en “las palabras que usa la ley:

...

enajenar los bienes donados o a constituir los referidos derechos, de los mencionados en el inciso primero, después de intentada la acción hay acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores”. Sentencia Cuarto Juzgado Civil de Valparaíso, 19 de octubre de 2012 (C-3904-2008).

‘conciencia’ y ‘persuasión’; ambas exigen una convicción en el adquirente, excluyendo un juicio vacilante” (ALCALDE, 2019, p. 157-182). Conforme a la disposición, este estado requiere: i) haber adquirido el dominio de la cosa; ii) haberlo adquirido por medios legítimos; iii) haberlo adquirido exento de fraude y iv) haberlo adquirido exento de todo otro vicio. También, solicita i) haber empleado medios legítimos; ii) no haber habido fraude y iii) no haber habido ningún otro vicio, aunque estas exigencias en la realidad no se den, empero asiste la convicción de que existen (GUZMÁN BRITO, 2002, p. 11-23).

Entonces, para determinar si los actos de disposición son válidos, la situación debiera ajustarse a los requisitos exigidos en aquellas situaciones en que el legislador ha decidido situar la seguridad del tráfico por sobre el derecho de propiedad. Si se recuerda, los artículos 1432, 1491, 2303, 1739 del Código Civil aplican el principio de protección a terceros adquirentes de buena fe, no obstante que el legislador no utiliza el mismo criterio en todas las normas, es decir, no distingue siempre entre terceros de buena o mala fe y adquirentes a título oneroso o gratuito. Sin embargo, la tradición causada estrechamente ligada al título demuestra la debilidad de la inscripción y amerita resolver el problema planteado por medio de la protección del tercero.

El tercero es protegido por medio del reconocimiento jurídico de la realidad, que se basa en actos realizados a partir de la convicción de estar celebrando con quien tiene derecho para disponer de los bienes o celebrar el negocio en cuestión. Se trata de casos en los que no existe correspondencia entre la actividad del individuo y la realidad de los actos que practica. Por esa razón, los terceros de buena fe pueden tener en cuenta esa exteriorización e ignorar la realidad oculta, de manera tal que su conducta se funda en la convicción de estar frente al verdadero detentor del derecho (PANTOJA, 2014, p. 219). Así, se han determinado –en otros ordenamientos– ciertos requisitos para que proceda esta protección: i) que se trate de un tercero registral; ii) que el tercero actúe de buena fe y iii) que la adquisición sea a título oneroso. El tercero registral es aquel que se encuentra protegido por el Registro, o bien quien ha adquirido los bienes de un sujeto que no es el que reclama los bienes. Su derecho deviene de que adquirió a título oneroso y de buena fe de quien aparece en el registro con el derecho inscrito y que tiene, a su vez, inscrito su título. Como tercero que es, no forma parte del acto jurídico que pretende oponérsele, porque no participó en él (CAICEDO, 2001, p. 67).

La buena fe exigida al tercero para ser considerado como tal consiste en ignorar la existencia de la inexactitud en lo publicado en el Registro. De modo que debe ignorar las causales jurídicas que afectan al acto para que pueda ampararse en el principio de fe pública.

Enseguida, el que adquiere debe hacerlo a título oneroso, es decir, solo por medio de aquellos actos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravando cada uno a beneficio del otro (DOMÍNGUEZ, 2014, p. 27). La razón de aquello radica en que, si se invalida, el adquirente no solo deja de obtener la utilidad, sino también el sacrificio patrimonial que hizo (MEDINA DE LEMUS, 2006, p. 355). Finalmente, la onerosidad es un requisito que solo se pide a la adquisición del tercero (LASARTE, 2018, p. 370).

En ese contexto, y habiendo reunido los requisitos que se citan, el tercero debe ser protegido, porque por sobre todo la inscripción del título es el presupuesto de su posesión inscrita; la tutela jurídica solo se concede a este titular, de modo que será amparado mientras se mantenga como tal.

En conclusión, en Chile, la inscripción constitutiva permite presumir legítimamente que la titularidad consignada en el Registro es análoga al derecho mismo; gracias a esta el titular es tratado como propietario, en todos los órdenes y manifestaciones jurídicas, mientras este derecho subsista está legitimado para disponer de su derecho. En tanto, en lo que dice en relación con los terceros que confiaron en el Registro, no protege de manera absoluta su adquisición, pues para que la hubiese, toda transmisión del dominio debería ser precedida por un acto o contrato válido, y la permanencia del derecho en el patrimonio del *tradente* hace imposible la transferencia desde el adquirente al tercero, porque nadie puede dar lo que no tiene. Cuando estas diferencias ocurren, el sistema chileno definitivamente no rectifica la realidad en favor de la situación aparente que la inscripción refleja.

CONCLUSIÓN

En el sistema chileno la transferencia del dominio como consecuencia de la tradición queda sometida a que efectivamente el *tradente* tenga la calidad de dueño de la cosa; en el caso de que no sea así, la cuestión queda sujeta a si ha operado a su respecto el modo de adquirir prescripción. En este contexto, el rol de la inscripción registral ha resultado fundamental para la plena eficacia de la mutación jurídica de los derechos reales inmobiliarios: si el título precede a la tradición, la inscripción se erige como necesaria para el nacimiento del derecho (constitutiva); si el contrato precede la transferencia de la propiedad o de otros derechos reales, en los sistemas de inscripción como el chileno, sus defectos pueden impedir la disposición del derecho desde el punto de vista registral. Al contrario, si el derecho logra ser inscrito, se presume que el derecho existe y que pertenece a dicho titular. Además, que exime al titular de probar el derecho e impone a quien se oponga a él la carga de la prueba de los hechos que destruyen la presunción. Sin embargo, no despliega, con todo su alcance, la protección de los terceros que hayan constituido un derecho, pues si por alguna causa no hay concordancia entre el Registro y la realidad, o el derecho inscrito es agredido, incluso por circunstancias que no figuran en el Registro, no se genera a su favor una situación aparente que lo haga inatacable. El ordenamiento no otorga seguridad absoluta a todo aquel que adquiere el dominio de que el *tradente* es dueño o titular del derecho en los términos indicados en la inscripción.

La circunstancia de calificar a la inscripción chilena de constitutiva supone llevarla hasta el final, esto es, mantener su validez y eficacia, aunque el título que la precede sea afectado por alguna causal (CÁMARA, 2004, p. 944). Esta cuestión en nuestro sistema no descansa en el valor de la inscripción, sino en su fiabilidad objetiva, supeditada a la rigurosa organización

del Registro y a las cautelas exigidas para la registración. Sin embargo, no se ha tomado la decisión de hacer del Registro Inmobiliario chileno un instrumento al servicio del tráfico inmobiliario de buena fe; es claro que su fundamento en la actualidad ha sido proteger al propietario (titular registral) y no al tercero poseedor (titular aparente), como consecuencia de la conducta desplegada por quien adquirió el bien del primero y lo enajenó al segundo, el ordenamiento no ha resuelto este conflicto. Mientras esto no ocurra, la solución depende del rigor con que el Conservador chileno realice la calificación (OTÁROLA, 2019, p. 335-336), o bien de la aplicación de criterios como la buena fe del tercero adquirente o el hecho de que este haya efectuado un desembolso patrimonial por parte de los tribunales, pues constituyen una razón que justifica la protección de la confianza de quien para adquirir actúa dejándose guiar por el Registro (GORDILLO, 1994, p. 32).

REFERÊNCIAS

ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

ACEDO PENCO, Ángel. *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. 4. ed. Madrid: Dykinson, 2019.

ALCALDE, Jaime. De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 32, p. 157-182, julio 2019.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la compraventa y de la promesa de venta*. Tomo II, volumen 1. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Tratado de los derechos reales*. 5. ed. Bogotá: Temis, 1993.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil chileno*. Tomo I, Del acto jurídico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

BARRIENTOS, Javier. *Código Civil*. Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters, 2013.

BARRIENTOS, Javier. De la “tradición” y su definición en el Código Civil chileno. A propósito del artículo 670. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 1, p. 11-108, 2003.

BAYERLE, Katrin. Trennungs- und Abstraktionsprinzip in der Fallbearbeitung. *Juristische Schulung (JuS)*, 12/2009, Beck. [El principio de la separación y el de la abstracción en casos concretos].

BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

CAICEDO, Eduardo. *Derecho Inmobiliario Registral*. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 2001.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. Los sistemas registrales en el marco del derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos. *Anuario de Derecho Civil*, v. 57, n. 3, p. 929-1002, 2004.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid: Reus, 2007.

CORNEJO A., Pablo. Protección de la apariencia y circulación de los bienes. Un intento de explicación a partir de la buena fe. In: BAHAMONDES, Claudia *et al.* (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; TORRES URZÚA, Ricardo. La protección del comprador en la venta de cosa ajena. *Revista Chilena de Derecho*, v. 42, n. 3, p. 785-818, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo III, Las relaciones jurídico-reales. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

DOMÍNGUEZ, Ramón. *Teoría general del negocio acto jurídico*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

FLORES, María Fernanda; PEÑA, Carlos. *Sistema registral inmobiliario chileno*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

GAETE ROJAS, Sergio. La tradición en el derecho romano y en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 19, n. 1, p. 67-80, 1992.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica. *Anuario de Derecho Civil*, v. 47, n. 2, p. 21-82, 1994.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral. *Anuario de Derecho Civil*, v. 57, n. 2, p. 381-548, 2004.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. El principio de fe pública registral (1). *Anuario de Derecho Civil*, v. 59, n. 2, p. 509-656, 2006.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El registro de la propiedad principios y sistema*. Madrid: Editorial Reus, 2020.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. La buena fe en el Código Civil de Chile. *Revista Chilena de Derecho*, v. 29, n. 1, p. 11-23, 2020.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. La tradición como modo de adquirir el dominio en el Derecho romano, en el común y en el Iusnaturalismo y su destino en los derechos patrios de la América. *Revista Chilena de Derecho*, v. 42, n. 1, p. 329-344, 2015.

JARA SILVA, Diki Yasmar. ¿Qué es la inscripción registral?, 2019. Disponible en: <https://idoc.pub/documents/que-es-la-inscripcion-registral-pnxk36g1pg4v>.

JEREZ DELGADO, Carmen. La inscripción constitutiva al debate. *Anuario de Derecho Civil*, v. 56, n. 2, p. 675-689, 2003.

JEREZ DELGADO, Carmen. El Sistema Inmobiliario Registral a la luz de la Ley 13/2015, de 24 de junio: ¿Nuevos principios hipotecarios? *Revista de Derecho Civil*, v. III, n. 1, p. 1-23, enero-marzo 2016.

KEGEL, Gerhard. Verpflichtung und Verfügung – sollen Verfügungen abstrakt oder kausal sein? In: *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung. Festschrift für F.A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. August 1977*, Beck, 1977. [“Obligaciones y disposiciones – ¿Deberían ser las disposiciones abstractas o causales?”].

KIVERSTEIN, Abraham. *Síntesis del Derecho Civil – De los objetos del derecho: Bienes*. 4. ed. corregida y actualizada por Carlos López. Santiago: La Ley, 2000.

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís. *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Librería Bosch, 1968.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. 7. ed. [Parte general del Derecho Civil]. München: Beck, 1989.

LASARTE, Carlos. *Compendio de Derechos Reales*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.

LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca. Los conceptos de onerosidad y gratuidad en el Código Civil chileno. *Revista de Derecho*, Valparaíso, n. 45, p. 85-98, 2015.

LÓPEZ, Patricia. Obligaciones y responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 32, p. 127-145, 2019.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M. Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria. *Revista Análisis del Derecho InDret* n. 4, p. 1-22, 2008.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria. La protección del titular registral mediante la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en el sistema inmobiliario registral español. *Revista de Derecho – Escuela de Postgrado*, n. 7, p. 137-152, 2015.

MCGUIRE, Mary-Rose. National Report on the Transfer of Movable in Germany. In: FABER, Wolfgang; LURGER, Brigitta. *National Reports on the Transfer of Movable in Europe*. Vol. 3. Munich: Sellier – European Law Publishers GmbH, 2011.

MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 9. ed. [Parte general del BGB-Código Civil]. Heidelberg: C. F. Mueller, 2006.

MEDINA DE LEMUS, Manuel. *Derecho Civil: derechos reales e inmobiliario registral*. Madrid: Dilex, 2006.

MEJÍAS, Claudia. Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución. *Revista Ius et Praxis*, año 22, n. 1, p. 271-322, 2016.

MORALES MORENO, Antonio. La inscripción y el justo título de usucapión. *Anuario de derecho civil*, v. 24, n. 4, p. 1123-1142, 1971.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 732, p. 1969-2041, 2012.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. Il Sistema della Pubblicità Immobiliare in Spagna e la Tutela dei Terzi Acquirenti in Buona fede. *Rivista di Diritto Civile*, año LXVI, n. 4, p. 827-847, 2020.

OTÁROLA, Yasna. Comprensión y alcance de la función de calificación de acuerdo al Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces en Chile. In: TORRE, Gómez de la *et al.* (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIV*. Santiago: Universidad de Chile, 2019.

OTÁROLA, Yasna. La buena fe y la fe pública registral a propósito de un juicio de acción reivindicatoria. In: ARANCIBIA, Jaime (ed.). *La buena fe y el derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

PANTOJA, Carlos. El heredero aparente. *Revista Judicial*, Costa Rica, n. 113, p. 213-241, 2014.

PEÑAILILLO, Daniel. *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*. 2. ed. Santiago: Thomson Reuters, 2019.

PEÑAILILLO, Daniel. *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*. Tomo VII. Traducido por Manuel Deó. Madrid: Librería de V. Suárez; Barcelona: Librería de J. Llordachs, 1882.

PRADI, Andrea; MARTÍNEZ-VELENCOSO, Luz M.; BAILEY, Saki. *Transfer of immovables in European Private law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. Contratos especiales. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 32, p. 147-155, 2019.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Ius ad rem* y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil. *ADC*, tomo LXII, fasc. IV, p. 1687-1723, 2009.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. Cobro de lo indebido, tradición y usucapación: estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria. *Anuario Derecho Civil*, v. 57, n. 3, p. 1003-1104, 2004.

ROGEL VIDE, Carlos. *Derecho de cosas*. 2. ed. Madrid: Reus, 2016.

ROSSEL RICCI, Sergio. *El carácter constitutivo de la inscripción chilena*, 2009. Disponible en: www.fojas.conservadores.cl/articulos/el-caracter-constitutivo-de-la-inscripcion-chilena.

ROZAS VIAL, Fernando. *Los bienes*. 4. ed. Santiago: Legal Publishing, 2007.

SALAH ABUSLEME, María Agnes. Las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n. 2, p. 189-202, 2008.

SÁNCHEZ, Joaquín. La teoría general de la transmisión de bienes y el registro de la propiedad en España. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n. 30, p. 3-29, 2008.

SÁNCHEZ-CALERO, Francisco Javier; SÁNCHEZ-CALERO-ARRIBAS, Blanca. *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SEPÚLVEDA, Marco Antonio. *Teoría general del derecho registral inmobiliario*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2014.

SOLER PRESAS, Ana. La liquidación del contrato resuelto: el remedio restitutorio. *ADC*, tomo LXXI, fasc. IV, p. 1227-1276, 2018.

SOZA RIED, María de los Angeles. La naturaleza jurídica de la tradición: ¿acto o hecho jurídico? *Revista Chilena de Derecho*, v. 30, n. 2, p. 287-305, 2003.

TAVOLARI, Raúl. *Obligaciones*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

TRUCCO, Humberto. Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno. *RDJ Doctrina*, tomo VII, n. 6, p. 131-155, 1910.

VIAL DEL RÍO, Víctor. *La tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio*. 3. ed. Santiago: Ediciones UC, 2009.

VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

VIVAR-MORALES, Elena. Naturaleza jurídica de la inscripción en el sistema registral peruano. *Derecho PUCP*, n. 48, p. 117-130, 1994.

VODANOVIC, Antonio. *Manual de Derecho Civil*. V. 2: De las partes preliminar y general. Santiago: Editorial Cono Sur, 2001.

VON BORCH, Peter. Federal Republic of Germany. In: CAMPBELL, Dennis (ed.). *Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property*. Deventer: Kluwer, 1980.

ZÁRATE, Santiago. *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2019.

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

OTÁROLA-ESPINOZA, Yasna Elizabeth. El valor de la inscripción de inmuebles en el Registro chileno: una visión comparada. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2229. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202229>

Yasna Elizabeth Otárola Espinoza

PROFESORA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y SUBDIRECTORA DE DOCTORADO, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, CHILE. ABOGADA DE LA UNIVERSIDAD DE TALCA, CHILE. DOCTORA EN DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.

yotarola@uandes.cl

1 Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-5536-5750>

2 Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-5105-3861>

3 Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-9858-2878>

4 Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-1777-5860>

5 Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-0742-8152>



Diversidade sexual no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: homofobia clássica e moderna em 50 anos de decisões criminais (1970-2019)

SEXUAL DIVERSITY AT THE RIO GRANDE DO SUL STATE COURT OF JUSTICE: CLASSICAL AND MODERN HOMOPHOBIA IN FIFTY YEARS OF CRIMINAL DECISIONS (1970-2019)

Gabriel Bigarella Zugno¹, Roger Raupp Rios², Leonardo Mello Garcia dos Santos³, Adolfo Pizzinato⁴ e Angelo Brandelli Costa⁵

Resumo

Este artigo examina decisões judiciais criminais do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil) mediante a consideração de manifestações homofóbicas clássicas (fortemente repressivas da diversidade sexual) e modernizadas (caracterizadas por assimilação das diferenças sexuais a padrões familistas tradicionais). Empregando o método da Análise Temática e por buscas realizadas por ferramenta informatizada no banco de dados de decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e pesquisa física junto ao Arquivo Judicial Central de Porto Alegre, foram selecionados 112 processos, totalizando 100 decisões. Constataram-se a elevação quantitativa das decisões, a alteração terminológica na designação dos indivíduos homossexuais envolvidos. Cabe destacar que as manifestações de homofobia clássica apresentam redução na linha temporal, sem, contudo, desaparecer. Percebe-se também o crescimento de manifestações modernas de homofobia, também ampliadas ao longo do tempo, caracterizando a complexidade do campo jurídico.

Palavras-chave

Homofobia; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; análise temática; justiça criminal.

Abstract

This article examines criminal judicial decisions of the Judiciary of the State of Rio Grande do Sul (Brazil), considering classic homophobic manifestations (strongly repressive of sexual diversity) and modernized ones (characterized by assimilation of sexual differences to traditional family patterns). Using the thematic analysis method and searches conducted by a computerized tool in the database of judicial decisions of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul (TJRS) and physical research with the Central Judicial Archive of Porto Alegre, 112 cases were selected, totaling 100 decisions. It should be noted that the manifestations of classical homophobia show a reduction in the timeline, without, however, disappearing. We can also notice the growth of modern manifestations of homophobia, which have also increased over time, characterizing the complexity of the legal field.

Keywords

Homophobia; Rio Grande do Sul State Court; thematic analysis; criminal justice.

INTRODUÇÃO

Impulsionados pela militância e pelas demandas democráticas, os estudos de gênero e sexualidade em ciências humanas têm posto em pauta diálogo e intervenção com autores(as) de violência contra minorias sociais, assim compreendidas em razão da potência política e não do perfil numérico populacional (VIANA, 2016). Na literatura recente acerca de sexualidade, gênero e violência, figuram, especialmente, estudos e propostas de intervenção aos(às) autores(as) de crimes contra mulheres (BILLAND, 2016; WINCK e STREY, 2007). Essas iniciativas são justificadas não só do ponto de vista da militância, mas também sob a perspectiva do sistema político-legal brasileiro, que, mesmo que de forma lenta e em um contexto de recrudescimento de preconceito e intolerância, vem incrementando ações de democratização e sensibilização das dimensões de gênero e, mais lentamente, de sexualidade no âmbito de direitos (MELLO, BRITO e MAROJA, 2012).

De fato, o cenário brasileiro, nas esferas política e jurídica, vem registrando nos últimos anos intensa disputa e tensão em torno do enfrentamento da homofobia, como atestam movimentos legislativos (ALMEIDA, 2019) e demandas judiciais. É o que pode ser constatado pela concomitância de marcante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que atua no sistema jurídico brasileiro como efetiva corte constitucional,¹ e do convívio conflituoso nos parlamentos entre medidas legislativas² e ofensivas antigênero, voltadas contra o que denominam “ideologia de gênero” (PRADO e CORREA, 2018).

Nesse contexto, mediante a análise das decisões judiciais criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) que envolvem indivíduos homossexuais, entre os anos de 2017 e de 2019, este artigo aponta a prevalência de manifestações homofóbicas clássicas (fortemente repressivas) e modernizadas (caracterizadas por assimilacionismo das diferenças sexuais a padrões familistas tradicionais), bem como pronunciamentos no sentido do reconhecimento da diversidade sexual. A delimitação institucional, geográfica e temporal adotada justifica-se não só pela busca de atualidade do universo documental pesquisado e sua relevância para o debate público brasileiro contemporâneo, caracterizado pela referida tensão política e social no campo da diversidade sexual, como também pela importância que o TJRS tem no cenário judiciário brasileiro, sendo apontado como um dos mais influentes, mormente em demandas por direitos de família por indivíduos homossexuais. Com efeito, o tribunal de justiça gaúcho tem sido apontado de modo destacado no cenário jurisprudencial brasileiro em matéria de reconhecimento jurídico de direitos relacionados à diversidade sexual. Isso ocorre

•••

- 1 Em 2020, a decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 reconhece e criminaliza a homotransfobia como “racismo social”.
- 2 Por exemplo, a Lei Federal Maria da Penha, que prevê proteção por orientação sexual, além de legislações estaduais e municipais.

tanto do ponto de vista quantitativo, em que se registra quase um terço dos precedentes dos tribunais de justiça estaduais, em proporção bem acima da representatividade populacional (por exemplo, 31% dos casos foram registrados no TJRS, seguido por 13% em Minas Gerais, 11% em São Paulo, 9% no Paraná, 5% no Rio de Janeiro e no Mato Grosso do Sul, conforme Roesler e Santos [2014]), como segundo a observação de historiadores e pesquisadores (MELLO, 2006, p. 210; TREVISAN, 2018, p. 500).

Conceitualmente, o preconceito e a discriminação contra pessoas homossexuais são designados como “homofobia”, de forma usual e corrente, pelo que se faz importante adentrar na conceituação teórica e na justificação do uso desse termo. Embora tenha origem ainda na década de 1970, quando criado por George Weinberg sem cunho cientificamente patologizador (BORRILLO, 2009), o termo apresenta o sufixo “fobia”, que, se interpretado de forma literal, pode levar à diminuição da responsabilidade pelo comportamento discriminatório e à individualização de um fenômeno que também é social (COSTA e NARDI, 2015a). Perder de vista essa dimensão fundamental, além de comprometer a compreensão adequada da homofobia na sociedade e na cultura, acaba por abrir espaço para condescendência em face de crimes perpetrados em razão da homossexualidade da vítima, o que gera, por exemplo, alegações de “pânico moral” como justificativas para inimputabilidade criminal (HLR, 1990).

A manifestação desse tipo de preconceito está ancorada na interpretação da sexualidade não heterossexual a partir de matrizes médicas (doença), morais (crime) e religiosas (pecado), além da rejeição de proximidade na forma de discriminação. Essa forma de homofobia, já denominada clássica (*old-fashioned*), ainda é prevalente no Brasil (COSTA *et al.*, 2015). No entanto, novas formas de expressão da homofobia, chamadas de “modernas”, foram descritas (MORRISSON e MORRISON, 2002). Essas novas formas, também presentes no Brasil (GATO, FONTAINE e CARNEIRO, 2012), ao mesmo tempo que admitem o reconhecimento social de sujeitos homo e bissexuais e casais de pessoas do mesmo sexo, assim o fazem pelas lentes do amor romântico (homoafetividade) ou da constituição de família nos moldes heterossexuais (familismo). Essas formas aparentemente positivas de encarar a diversidade sexual, na verdade, operam de maneira a hierarquizar as sexualidades por meio de um polimento moral que reconheceria apenas aqueles sujeitos homossexuais que se assmilassem a uma norma heterossexual (COSTA e NARDI, 2015b; MELLO, 2006; RIOS, 2013). Dessa forma, essas novas hierarquizações (entre sujeitos héteros e não héteros) se estabelecem mesmo na ausência de uma discriminação flagrante, presente nas formas clássicas de homofobia.

Essa dinâmica aponta para a advertência de Foucault diante do reconhecimento jurídico dos diferentes discursos sobre a sexualidade, ao prever que essa demanda levaria à incorporação de categorias estranhas ao direito, oriundas de um campo previamente codificado, já que ela própria (a sexualidade) é a sustentação de outros sistemas, como o da família (FOUCAULT, 1993; FONSECA, 2014). Em outras palavras, o reconhecimento da sexualidade,

embora queira levar a crer que se refere exclusivamente a um objeto externo ao discurso jurídico, naturalizado e independente, por si só é produtor desse mesmo objeto que regula (BUTLER, 2008). Portanto, o reconhecimento jurídico das diferentes formas de expressão da sexualidade, assim como no campo do gênero (VIANNA e LOWENKRON, 2017), simultaneamente legitima as formas de sexualidade possíveis, e carrega o risco de tolher no lugar de ampliar as suas possibilidades sociais e individuais de expressão. Tal fenômeno pode ser observado nos avanços jurídicos recentes no campo da diversidade sexual no Brasil. As reivindicações antidiscriminatórias dos movimentos sociais serviram de matriz para criação de categorias jurídicas aptas a descrever e colaborar na constituição de políticas públicas, que, por sua vez, alimentaram novas iniciativas sociais em prol da igualdade e equidade (RIOS, 2020).

Por essa razão, é fundamental a construção de um discurso jurídico que não apenas evite ser preconceituoso e discriminatório – seja na forma clássica, seja na moderna –, mas se inscreva naquilo que tem sido denominado direito democrático da sexualidade, ou seja, o reconhecimento do igual respeito às diversas manifestações da sexualidade e do igual acesso de todos, sem distinções, aos bens necessários para a vida em sociedade (RIOS, 2006). Essas lentes permitem proceder a uma análise mais rigorosa das decisões examinadas neste artigo, como será visto a seguir.

Estabelecidas as definições conceituais, faz-se importante ter presente pesquisa anterior que, a par de inspirar este artigo, debruçou-se primeiro sobre a composição discursiva do sujeito homossexual e da sexualidade não hegemônica no campo jurídico no Brasil. Partindo de notícias veiculadas na imprensa brasileira ao longo da década de 1980, Adriana Piscitelli, Maria Filomena Gregori e Sérgio Carrara procederam à análise da violência contra sujeitos homossexuais e sobre como ela foi constituída, enfrentada e retratada na Justiça do Estado do Rio de Janeiro (PISCITELLI, GREGORI e CARRARA, 2004), tendo localizado nos arquivos policiais e judiciais informações sobre 105 registros de ocorrência e 57 processos, que envolveram 108 vítimas do sexo masculino que foram retratadas na mídia como homossexuais, tendo então encontrado um número muito reduzido de menções a vítimas do sexo feminino na mídia, e nenhum caso nos arquivos da polícia e da justiça carioca (PISCITELLI, GREGORI e CARRARA, 2004). Após a análise focada em crimes considerados “de lucro”, os autores encontraram estigmatização sobre a homossexualidade profundamente arraigada nos discursos de diferentes autoridades e em diferentes fases processuais e, ao mesmo tempo, não se depararam com uma ligação entre a desqualificação moral das vítimas e a absolvição de réus (PISCITELLI, GREGORI e CARRARA, 2004).

Ainda que as diferenças de objeto e de método entre tal pesquisa e a presente análise sejam substanciais, o contraste e a aproximação de seus resultados e os aqui indicados ensejam não só o diálogo acadêmico e intelectual, eles consubstanciam o esforço comum orientado para a compreensão da homofobia e para a afirmação de direitos sexuais em contextos sociais e políticos conturbados, como aqueles em que vivemos. Portanto, este artigo examina decisões judiciais criminais do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil) mediante

a consideração de manifestações homofóbicas clássicas (fortemente repressivas da diversidade sexual) e modernizadas (caracterizadas por assimilacionismo das diferenças sexuais a padrões familistas tradicionais), bem como discursos que tendem à proteção de vítimas lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT+) e ao reconhecimento de direitos sexuais, cujo registro não pode faltar, ainda que se trate de análise que foge ao objeto desta análise.

I. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Com o objetivo de encontrar o maior número possível de decisões criminais que envolveram explicitamente pessoas homossexuais, foram utilizadas diversas palavras-chave no campo da diversidade sexual (ver Gráfico 1 na próxima seção), a partir de quatro fontes diferentes: pesquisa por decisões de acesso público a partir do *site* do TJRS, cujo sistema de busca era o *Google Search Appliance*; pesquisa de decisões com acesso restrito a servidores do TJRS, cujo sistema de busca era o SOLR; processos selecionados pelo Departamento de Biblioteca e de Jurisprudência do TJRS, por correio eletrônico; e processos localizados pelo Departamento de Arquivos do TJRS, somente acessíveis fisicamente no próprio local. O acesso ao sistema SOLR, que possibilitou uma busca mais ampla de jurisprudência, foi possível em razão de um dos autores do artigo ser servidor do Tribunal de Justiça, havendo autorização do Departamento de Biblioteca e Jurisprudência.

A sistematização dos casos deu-se em tabela eletrônica, na qual foram inseridos 16 dados considerados relevantes pelos pesquisadores, a fim de que os casos pudessem ser classificados em categorias, tais como os seguintes: o número do processo, o gênero e a orientação sexual atribuída a vítimas e réus/rés, se o recurso foi provido ou improvido, a palavra utilizada na busca para a localização, o(a) desembargador(a) relator(a), a comarca de origem dos casos e a câmara de desembargadores(as) na qual os recursos foram apreciados, o ano em que ocorreu o caso e as frases ou expressões que se referissem ao gênero ou à sexualidade das vítimas ou réus/rés. A partir desses dados, foi possível filtrar os processos que continham o(a) mesmo(a) réu(ré) ou vítima, os quais foram considerados os mesmos casos. Os processos foram buscados pela categoria “jurisprudência” propositalmente para que constituíssem somente aqueles que já tivessem sido sentenciados, tendo em vista as dificuldades numéricas e de busca que poderiam ser enfrentadas se fossem procurados processos de primeiro grau.

A primeira busca, que foi também aquela com o maior número de processos encontrados e selecionados, ocorreu por meio da pesquisa de jurisprudência do *site* do TJRS, e totalizou 159 processos selecionados, dentre 794 encontrados, tendo como marco temporal final o mês de junho do ano de 2019, dada a constante atualização do sistema.

A segunda busca consistiu em pesquisa por jurisprudência do TJRS, por meio da intranet (SOLR), sistema exclusivo a servidores do Tribunal, sendo possível acesso ao inteiro teor das decisões. Nessa busca, foi utilizada apenas a palavra “homofobia”, dada a pertinência do tema.

A terceira busca deu-se no Departamento de Arquivos do TJRS, no qual foram encontrados 14 processos e ao final selecionados 10 para a análise; a última busca consistiu na indicação e no envio, por correio eletrônico, de processos que o Departamento de Biblioteca do TJRS julgou pertinentes, resultando no acréscimo de 5 decisões antes não localizadas e no acesso ao inteiro teor de 6 decisões que estavam em segredo de justiça.

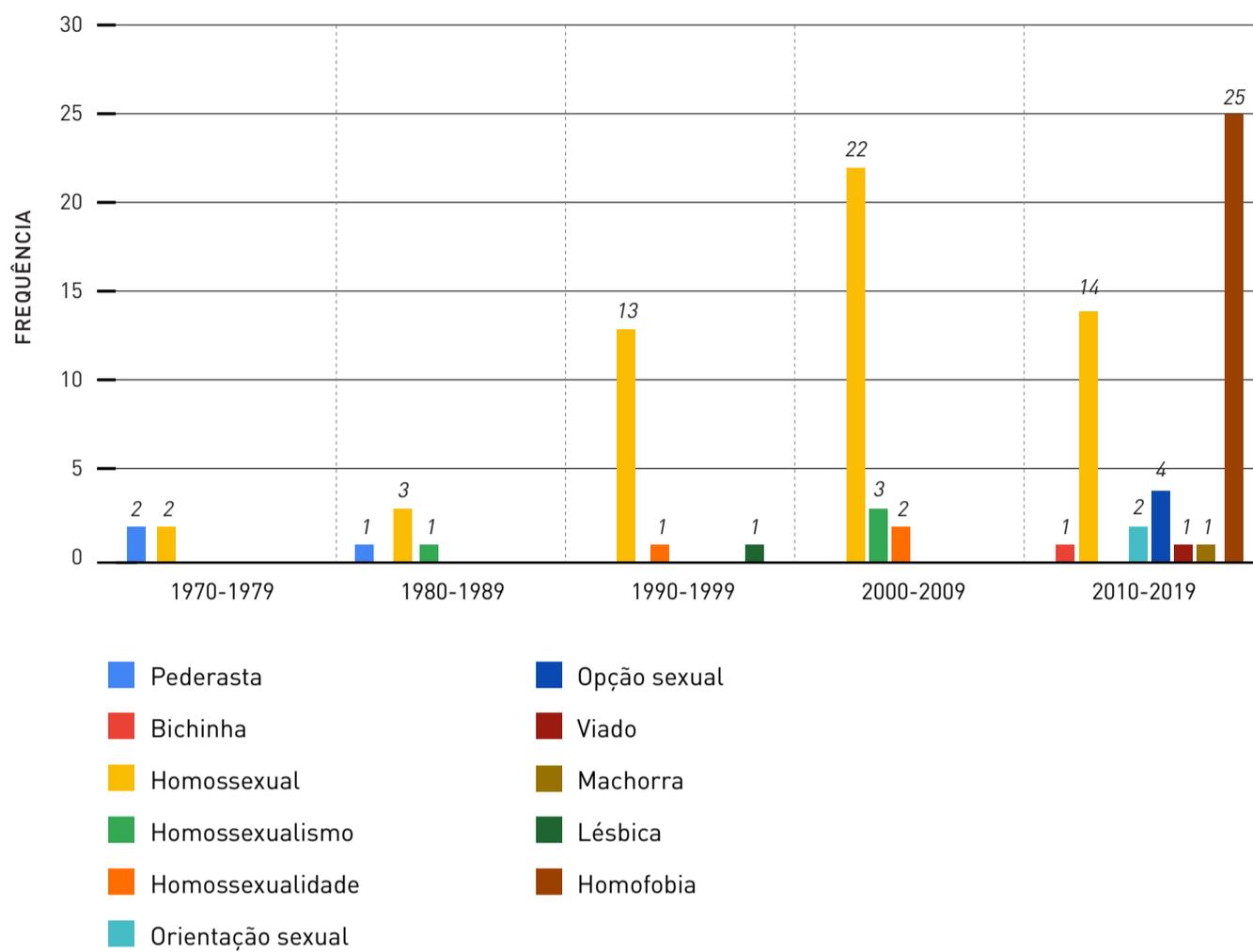
No total, foram selecionadas 112 decisões, encontradas a partir das palavras constantes no Gráfico 1, as quais apresentam julgadores(as) diferentes ao longo das cinco décadas analisadas, sem que os(as) magistrados(as) tenham sido utilizados(as) como critério para a escolha. Dos 112 processos encontrados, foram selecionados 100 registros, classificados com os casos que foram analisados e reunidos por serem relativos a um mesmo fato, uma vez que para esta pesquisa importa considerar as manifestações judiciais em face dos fatos criminais sob julgamento e não o quantitativo de registros processuais deles derivado. Cumpre destacar que as manifestações sob análise foram somente as constantes nos acórdãos por parte dos(as) magistrados(as). Assim, ainda que outros(as) operadores(as) do direito sejam mencionados(as), a análise é sob a ótica dos(as) desembargadores(as) que proferiram o julgamento.

Foi utilizado o método de Análise Temática (BRAUN e CLARKE, 2006), que considera eixos temáticos estabelecidos *a priori*, tomando, como referido, as categorias da homofobia clássica e da moderna. A análise foi realizada por três juízes que leram os acórdãos e localizaram nos textos trechos em que se destacavam a caracterização da vítima ou do réu em relação a identidade, desejo ou prática sexual e o vocabulário empregado em referência à diversidade sexual – em itálico nas citações a seguir. Cada acórdão, então, foi tematizado de acordo com as duas categorias de homofobia.

2. RESULTADOS

A partir dos resultados obtidos, as decisões foram classificadas conforme os dados extraídos da tabela geral de caracterização dos processos, como retratado nos Gráficos 1, 2 e 3. O Gráfico 1 apresenta as palavras-chave utilizadas para encontrar cada decisão, bem como as décadas correspondentes. Ressalta-se que o número total da tabela ficou maior do que o de processos (112), já que alguns processos foram localizados a partir de mais de uma palavra-chave. Os dados dessa tabela são relevantes, pois sinalizam a prevalência de expressões conforme a década em que foram utilizadas; indicam o aparecimento do termo “homofobia” somente a partir de 2010 e o desaparecimento do termo “pederasta” a partir da década de 1980, o que será analisado a seguir.

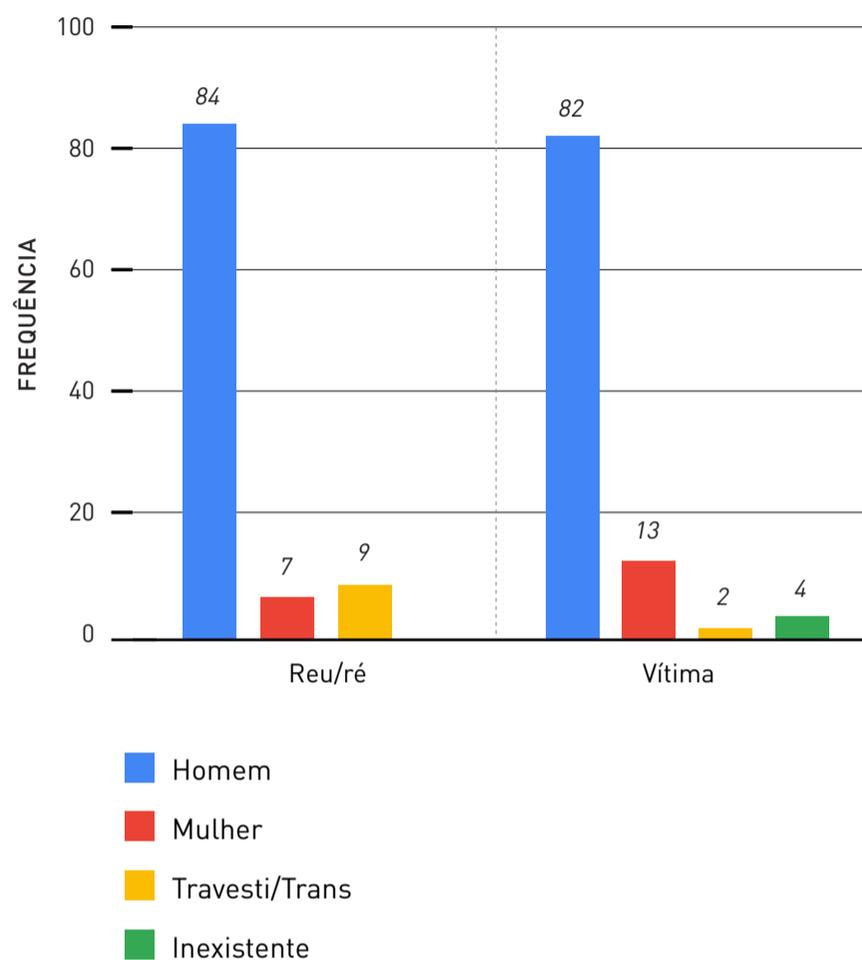
GRÁFICO 1 – FREQUÊNCIA DE PROCESSOS POR PALAVRA-CHAVE UTILIZADA NA BUSCA



Fonte: Elaboração dos autores.

O Gráfico 2 apresenta os dados referentes à identificação de gênero das pessoas que constavam como réus e como vítimas nos casos. Embora as palavras-chave utilizadas para a busca dos processos tenham relação somente com o campo da sexualidade, alguns processos localizados envolviam casos com vítimas e réus travestis ou transexuais. Esses casos foram mantidos no presente estudo porque a equivalência entre homossexualidade e trans/travestilidades – na ideia de inversão sexual, por exemplo – representa uma das formas de preconceito clássico – e, evidentemente, o não reconhecimento das diversidades de gênero (COSTA, NARDI e KOLLER, 2017). Nesse sentido, no Gráfico 2, os nove casos de réus/rés e dois de vítimas em que consta a identificação travesti/transexual foram separados porque, embora os artigos e pronomes de tratamento nos acórdãos sejam sempre masculinos, observou-se que se tratava de pessoas que utilizavam nomes femininos, ali referidos pela expressão “vulgo”, utilizada para indicar nomes pelos quais pessoas são popularmente chamadas ou conhecidas.

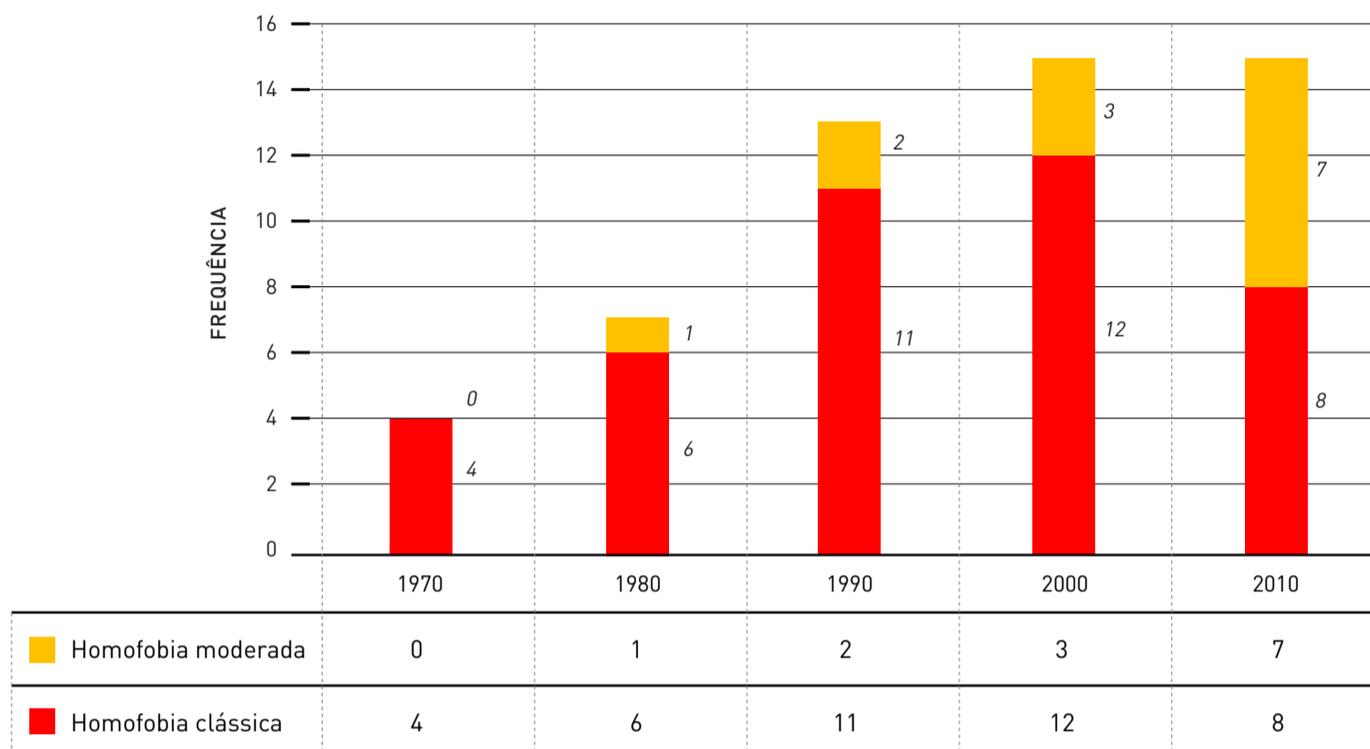
GRÁFICO 2 – FREQUÊNCIA DE PROCESSOS POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO DE RÉ/U(S) E VÍTIMA(S)



Fonte: Elaboração dos autores.

No que diz respeito aos discursos judiciais em face da diversidade sexual, o Gráfico 3 revela que, ao longo do tempo, dos 112 processos, 54 (48,21%) apresentaram manifestações condizentes com formas de homofobia, sendo 41 (36,61%) com as formas clássicas e 13 (11,61%) com as formas modernas. Cabe destacar que a totalidade dos processos da década de 1970 registra alguma manifestação de homofobia clássica, com sua redução na linha temporal, sem, contudo, desaparecer. Percebe-se também o crescimento de manifestações modernas de homofobia, ampliadas ao longo do tempo, o que caracteriza a complexidade do campo jurídico.

GRÁFICO 3 – FREQUÊNCIA DE PROCESSOS POR DÉCADA E POR TEMA ANALISADO



Fonte: Elaboração dos autores.

3. DISCUSSÃO

Conforme demonstram os dados, há um aumento das referências a sujeitos homossexuais nas decisões, desde a década de 1970 até o ano de 2019. A elevação dos números acompanha o aumento (12,8%) de denúncias entre 2015 e 2016 (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2018), e pode ser atribuída a outros fatores que não necessariamente o aumento efetivo de crimes cometidos, dada a inexistência de tipificação criminal específica, que dificulta sua identificação, donde a importância de visibilidade àqueles encontrados.

Na esteira dessas mudanças, pôde-se perceber na pesquisa o surgimento de novos termos, novas tendências de casos e novos estereótipos, como ilustra o termo “homofobia”, que aparece somente a partir da década de 2010, mas já presente em 25% das decisões pesquisadas. Termos como “homossexual” permaneceram durante todo o intervalo temporal analisado; “pederasta” e “homossexualismo” desapareceram; e “opção sexual”, “machorra” e “bichinha” continuaram figurando no vocabulário de pessoas envolvidas nos casos. Esses registros corporificam a dinâmica política, social e cultural subjacente nas instituições judiciais no Brasil contemporâneo, revelada nas decisões judiciais analisadas pela presença e intensidade das diferentes modalidades de homofobia (clássica e moderna), bem como de padrões de reconhecimento. Tal fenômeno pode ser observado nos avanços jurídicos recentes no campo da diversidade sexual no Brasil. As reivindicações antidiscriminatórias dos movimentos sociais

serviram de matriz para criação de categorias jurídicas aptas a descrever e colaborar na constituição de políticas públicas, que, por sua vez, alimentaram novas iniciativas sociais em prol da igualdade e equidade (RIOS, 2020).

No universo pesquisado, os registros de homofobia clássica presentes nas decisões criminais resultam em uma hierarquização heterossexista, caracterizada por concepções negativas em face das homossexualidades. Pelo influxo de matrizes diversas, tais decisões acabam por referir, em maior ou menor grau, condenações religiosas e patologização ao se defrontarem com partes, vítimas ou acusados, identificados como pessoas homossexuais.

Com efeito, expressões fortemente negativas, tais como “pederasta passivo” e “desajuste e perturbação psíquicas”, ao lado de advertências sobre a alegada periculosidade, ameaça invisível, comportamentos promíscuos e fragilidade, acionam preconceitos e estereótipos caracterizadores da discriminação homofóbica há muito registrados.

Em quatro casos, incluindo dois da década de 1970, registra-se a expressão “pederasta passivo”. Tal expressão, segundo James Green, começa a surgir no Brasil a partir de 1872, trazida da Europa, proveniente do discurso médico-legal que foi criado em 1869 como uma produção acadêmica sobre o “homossexualismo”, terminologia à qual por muito tempo se associou uma série de características específicas (GATTI e GREEN, 2000).

Não surpreende, assim, a utilização dessa expressão em ao menos quatro decisões para identificar pessoas que foram enquadradas em características historicamente associadas à homossexualidade, conforme demonstram os seguintes trechos:

Ocasão em que se firmou o entendimento de que em tais casos é indispensável o exame psiquiátrico, para avaliação da imputabilidade do agente [...] Com efeito, partiu-se da lição do Prof. Hélio Gomes no sentido de que “*A Anomalia sexual é uma consequência, um sintoma, das perturbações psíquicas*”. (1977, Porto Alegre)

[...] Esses atos foram sendo reiterados até que o menor, ao atingir os quatorze anos de idade, tornou-se *pederasta passivo*, fugindo da residência de seus parentes, onde vivia, passando a frequentar boates onde até se submetia a práticas exibicionistas. (1984, Porto Alegre)

Esses excertos remetem a propriedade estigmatizadora sobre a homossexualidade masculina: a transmissibilidade e a passividade, esta como característica do autêntico homossexual.

A sinonímia entre homossexualidade e passividade, também levantada por Piscitelli, Gregori e Carrara (2004), teve grande importância dada a insistência de diferentes autoridades em identificar quem era homossexual na relação, o que gerava consequências jurídicas de aporte à argumentação de advogados e defensores que a questionavam. A fim de traçar um paralelo com esse ponto suscitado, foram encontrados 16 casos em que a passividade do réu ou da vítima foi mencionada. Nesse sentido, para além da expressão “pederasta passivo”, cujo

uso declinou até ter sua última aparição nos anos 1990, cumpre destacar outro trecho de acórdão em que a passividade é mencionada:

No prazo do artigo 499 do CPP, o Ministério Público (fl. [...]) solicitou a atualização dos antecedentes criminais do réu e a oitiva de uma testemunha, enquanto a defesa (fl. 162) impugnou o auto de exame de corpo de delito acostado na fl. [...] e *pediu fosse feito exame fisiológico para constatação da homossexualidade passiva do acusado*. Também, o pedido de *feitura de exame fisiológico na vítima para constatação de sua homossexualidade é descabido, irrelevante ao fato* (fl. 163v.). (2004, Bagé)

Como constatado na pesquisa de Piscitelli, Gregori e Carrara (2004), ainda que considerada irrelevante para o resultado do julgamento, a menção à passividade permaneceu, tendo sido inclusive acionada pela defesa como fator que deveria atenuar a pena imposta, como demonstrado no pedido de exame fisiológico.

Ademais, remanescem estereótipos sobre a homossexualidade masculina, como o da ingenuidade e/ou fragilidade, também verificados na pesquisa de Piscitelli, Gregori e Carrara (2004), que apresentam uma fronteira tênue com o estereótipo do melancólico sexual, descrito como a pobre vítima de seus próprios desejos.

Horas antes, F. apontava a vítima, dizendo a T. que o crime que planejavam seria fácil, pois o “B.” *morava só e era homossexual, não devendo oferecer qualquer resistência*. Interessado em relacionar-se sexualmente com “T”, a vítima convidou-o ao apartamento. [...] As circunstâncias que cercaram o fato, cometido o delito na própria morada da vítima, *aproveitando-se o agente de sua ingenuidade*, ao não se aperceber de intenção criminosa deste, também não o beneficiam. (1993, São Leopoldo)

A promiscuidade, no discurso jurídico moralizante, faria com que homossexuais levassem ingenuamente toda a sorte de criminosos para dentro de suas casas por sucumbirem a desejos sexuais, ou, nas palavras de um magistrado ao decidir um caso de homicídio, em uma citação digna de nota: “É que a vítima, com 70 anos, bem-posto economicamente, era homossexual; porém, frequentava o ‘bas-fond’ de Porto Alegre, onde por muito tempo as pessoas não conseguem viver continuamente as delícias daqueles extremos” (1992, Porto Alegre)

No universo pesquisado, cabe destacar que poucos foram os casos envolvendo mulheres lésbicas (13 com mulheres como vítimas e 7 como réus). Na pesquisa de Piscitelli, Gregori e Carrara (2004), nenhum caso vitimando mulheres foi localizado nos arquivos da polícia e da justiça cariocas, razão pela qual se limitaram à análise de representações sobre a homossexualidade masculina. Tendo em vista que esse tema merece investigação própria – que não é o objetivo do presente trabalho –, podemos conjecturar que tal frequência poderia estar relacionada ao tema da invisibilização das demandas, políticas e dos serviços concernentes

às mulheres lésbicas (LEITE *et al.*, 2017), fator de negativa de reconhecimento de direitos presente em sociedades patriarcais (BARBOSA *et al.*, 2014), nas quais mesmo movimentos LGBTQ+ têm dificuldade em equacionar a dinâmica da discriminação interseccional. Soma-se a isso a subnotificação decorrente da especificidade dos crimes contra mulheres (independentemente da orientação sexual), cometidos majoritariamente em ambiente doméstico, com estimativa de 35% de crimes de violência sexual não reportados no ano de 2014 (GARCIA, 2016). Nesse diapasão, mesmo após a exclusão da homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, encontram-se nas decisões discursos patologizantes, como o que segue:

Mas isso é perfeitamente explicável, dados os contornos do crime, homicídio qualificado praticado pela agravada e por companheiras lésbicas, em que foi vítima o marido da postulante, *fundamentalmente em razão de seu desajuste sexual, por não conseguir ela assumir sua condição feminina*. Essa perturbação de ordem sexual perdura, [...] ora, o delito pelo qual ainda cumpre pena se deveu à solução por ela encontrada para resolver sua condição sexual e sua afetividade. [...] Impõe-se apurar, portanto, de forma objetiva e segura, *se tal quadro poderá ou não reproduzir-se [sic], especialmente porque não resolvido o seu desvio sexual*. (1993, Porto Alegre)

Outro dado que chama a atenção é a prevalência de casos em que figuram travestis/ transexuais como réis (8%), comparados àqueles em que figuram como vítimas (2%). É provável que esse dado, que entra em confronto com estatísticas recentes sobre o índice de assassinatos e agressões a travestis/ transexuais no Brasil (GUIMARÃES *et al.*, 2013), tenha atravessamentos importantes concernentes à estigmatização sofrida por essas pessoas desde o momento da denúncia e à sua conseqüente desconfiança em face do sistema de justiça, o que as faz relutantes em buscar medidas de proteção estatal (CORRÊA, 2006). Nesse ponto, cumpre retomar o trecho a seguir:

Ante o escândalo, que era assistido por vários transeuntes, C. viu-se forçado a entregar, a X., que era pederasta passivo e andava travestido, a quantia de [...] O apelante, que se intitula “contador autônomo”, sem apresentar qualquer documento comprobatório de tal profissão, é, em verdade, pederasta passivo e travesti. [...] *O apelante é vadio, por isso já tendo sido detido várias vezes, como indiciado em delito de roubo [...] e a circunstância de ser pederasta passivo, não só é por si só confessada, como atesta a testemunha [...]*. (1977, Porto Alegre)

O trecho coincide com uma época em que a contravenção penal de vadiagem, então vigente e só revogada em 2009, era utilizada frequentemente para penalizar travestis. Com efeito, no curso do ditadura militar instaurada em 1964 e vigente até 1985, prevaleceram estratégias persecutórias da prostituição, associadas a discursos médicos e psiquiátricos, em

especial contra travestis (BARNART, 2018), o que é corroborado pela utilização da expressão “pederasta passivo”, de modo a reforçar o discurso higienista da época, especialmente sob a forma de que essa condição foi confessada e testemunhada, acrescentando desvalor à sua personalidade e/ou conduta.

Por fim, pode-se perquirir como manifestação da homofobia clássica a invocação, ainda que não explícita, do pânico sexual como argumento defensivo veiculado pela defesa de acusados de agressão contra vítimas homossexuais. Partindo da premissa de que, nessa hipótese, o desencadear da conduta incriminada indica uma fragilidade psíquica de um agente que padece de uma condição homossexual latente, a diminuição da pena em favor do réu acaba por atribuir um desvalor associado à homossexualidade (ainda que latente); todavia, pode-se inferir uma mudança progressiva quanto a esse ponto, dado que a mesma categoria jurídica (motivo fútil ou torpe) passou a ser acionada não mais para atenuar a pena do agressor, mas sim para agravá-la, passando a considerar o preconceito não uma patologia individualizada, mas fenômeno enraizado na estrutura social (WICKBERG, 2000). É o que, exemplificativamente, se pode inferir do seguinte excerto:

Tem-se, data vênica, o sexo realizado entre pessoas que não sejam homem e mulher como ato moralmente reprovável. Assim caracterizador, como diz a doutrina, especialmente a citada pelo ilustrado Dr. Procurador, Dr. Levi dos Santos Machado, do motivo torpe. (1992, Tramandaí)

Como referido, a homofobia se manifesta além de sua formulação clássica no universo pesquisado. Com a progressiva visibilidade de grupos LGBTQ+ nas últimas décadas, na mídia e no debate público, as agendas desses grupos no que diz respeito às exigências de proteção e à garantia de direitos como o casamento civil foram colocadas em pauta (GREEN *et al.*, 2018). Por sua vez, outras formas de preconceito começaram a operar percebendo essa visibilização como ameaça, exigindo a assimilação por parte dos grupos LGBTQ+ das estruturas sociais que já acomodavam a heterocissexualidade, hierarquizando os modos de vida e as peculiaridades desses grupos (HEREK e MCLEMORE, 2013). Por sua vez, várias decisões, em vez de operar na vilipendiação direta, abrem espaço para um aparente reconhecimento de casais de pessoas do mesmo sexo e para a proteção da vida familiar, desde que amoldados a um suposto amor romântico (homoafetividade) ou assimilados a modelos familiares em padrões heterossexuais (familismo), caracterizando a “homofobia moderna”.

Essas formas pretensamente positivas de encarar a diversidade sexual, na verdade, procedem à hierarquização das sexualidades por meio de um polimento moral que reconheceria apenas aqueles sujeitos homossexuais que se assimilassem a uma norma heterossexual (COSTA e NARDI, 2015b; MELLO, 2006; RIOS, 2013). Nas decisões pesquisadas, são indicadores dessas formas “modernas” de homofobia tanto a aceitação social de homossexuais, condicionada à “normalidade e correção”, quanto a identificação dos estados de animosidade

de homossexuais aos padrões de convivência humana “normal”, ainda que acentuados em homossexuais:

A vítima, segundo a prova dos autos, era excelente funcionário do Banco do Brasil (fl. 92), demonstrava ser pessoa normal (fl. 93) e de conduta correta (fl. 280 v.). (1981, São Leopoldo)

E à luz das regras de conveniência humana, é comum o *estado de animosidade gerado, principalmente, por conflitos sentimentais, sobretudo em se tratando de relacionamentos homossexuais*. (1996, Pelotas)

Além do prejuízo em si das lesões e da dificuldade de mastigação há que salientar que a vítima diante das lesões e a sede das mesmas, mandíbula, no rosto, e o movimento dificultado da arcada inferior, fica realmente prejudicado pois *sendo homossexual usa o rosto como atrativo e necessita dele para a atração dos parceiros*. (1992, Cachoeira do Sul)

A homofobia moderna tem peculiar manifestação no universo pesquisado pela adoção do neologismo “homoafetividade”, presente em cinco decisões, sendo a primeira de 2006, por exemplo:

As oportunidades de seleção de parceiros *homoafetivos*, nestas circunstâncias históricas concretas, são, seguramente, bastante reduzidas. (2006, Interativo, Guarani das Missões) [...] No caso concreto, o que se vê é que se trata de uma relação *homoafetiva* entre duas mulheres [...] (2010, Sapucaia do Sul)

Porém, segundo referiram os policiais, em contato com a administração do hotel, tiveram a confirmação de que ambos os quartos estariam sendo ocupados pelas acusadas, o que rechaça a versão de que a droga pertenceria a um casal *homoafetivo*. (2011, Porto Alegre)

Esse neologismo, proposto em substituição ao termo “homossexualidade”, tem, como se pode inferir das palavras da julgadora que o popularizou, propósito dessexualizador, pois “não é possível falar em homossexualidade sem falar em afeto”, e “as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade” (DIAS, 2000, p. 1 e 26). Elaborada a partir de suposto preconceito social, segundo o qual as uniões homossexuais ancoram-se na luxúria, e não no “afeto romântico”, como pretensamente na conjugalidade heterossexual, tal proposição engendra homofobia moderna. Isso porque, ao evocar uma qualidade supostamente positiva (o “afeto romântico”), produz uma inferiorização social implícita. Com efeito, no caso da homoafetividade, o que está em jogo é a tentativa de situar o “afeto romântico” como identificador dos laços familiares, com o efeito de deslegitimar, via assimilacionismo, práticas

sexuais consideradas heterodoxas. Dessa forma, acaba por designar discursivamente formas legitimadas de exercício da sexualidade (afetivas) em relação a práticas (sexuais) subalternas (COSTA e NARDI, 2015b).

Tais manifestações refletem e repercutem, no âmbito jurídico, a introdução e consolidação de um campo próprio de legislação, jurisprudência e literatura especializada, denominado “direito homoafetivo”. Impulsionado por reivindicações e iniciativas dos movimentos sociais, nele se consolidam respostas jurídicas em que se propugnam a mudança de valores e a superação de preconceitos (DIAS, 2000), ensejando o desenvolvimento de relevante produção jurídica, de inegável abrangência (VECCHIATTI, 2019) e extensão (DIAS, 2010); mais ainda, essa evolução possibilita cuidadosa abordagem analítica, cujos achados permitem relacionar sua trajetória com as ondas que se verificam ao longo da história do movimento social brasileiro e sua relação com determinadas respostas jurídicas (CARDINALI, 2018), inseridas no contexto maior do dispositivo da sexualidade na modernidade (FREIRE, 2012) e particularmente historicizadas de modo emblemático em reivindicações por direitos de *gays* e *lésbicas* na história do Brasil (GREEN, 2000).

Outro indicador da homofobia moderna é a dicotomia, afirmada em algumas decisões, entre as esferas pública e privada, por exemplo:

À vista dos usos e costumes vigentes neste dado momento histórico (ainda em cidades interioranas), tão ou mais vexatoso do que ser surpreendido furtando é o ser surpreendido com outro homem, em relações sexuais, nas circunstâncias pintadas na espécie. (2008, Ijuí)

Se tu és homem então te comporta como tal, ou então tá ali a porta da rua, num gesto claro de preconceito em relação a sua opção sexual. (2016, Pelotas)

Não só porque muitos(as) pesquisadores(as) concordam não apenas que essa separação parece ser inalcançável, mas também porque a reificação de dicotomias como “público/privado” e “universal/particular” tende a causar o efeito perverso de confinar ao domínio do privado aspectos essenciais para identidade e modos de viver de diversos setores e grupos da sociedade (CARVALHO, 2016), resultando em discriminação dos indivíduos e grupos dominados. Desse modo, mesmo que tais decisões não veiculem a homofobia em sua manifestação clássica, configuram forma de preconceito homofóbico moderna, pois, ainda que não acompanhadas de reprovação moral explicitada, restringem o reconhecimento e o respeito à diversidade sexual à esfera privada. Não obstante tais considerações, não se deve subestimar, antes salientar, a dinâmica presente na mudança terminológica verificada. Da utilização de manifestações ofensivas transita-se à adoção de termos e expressões que não só respondem às reivindicações de justiça por movimentos de gênero e sexualidade, como também apontam para posturas mais tolerantes e respeitadas com a diversidade sexual, como se pode verificar, inclusive, em manifestações institucionais dos órgãos de justiça (BRASIL, 2018; RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Nessa linha, é importante lembrar ainda que, nesta pesquisa, os discursos presentes nos acórdãos não são vistos somente como produtos ou meros reprodutores dos estereótipos e das demais construções acerca do sujeito homossexual. Eles também incidem na própria construção do sujeito (OLIVEIRA *et al.*, 2013), dado que, ainda sob o ponto de vista discursivo, não há uma divisão clara entre constituinte e constituído, de domínio público ou privado, mas produções diferentes que se constituem e são constituídas dentro do mesmo campo discursivo, seja qual for o meio ou o(a) autor(a) dos enunciados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do universo pesquisado, que compreende cinco décadas de decisões criminais do TJRS, em que aparecem considerações e manifestações homofóbicas, mostra-se relevante e apta a avançar acerca da compreensão dessa específica modalidade de preconceito e discriminação.

Como se pode constatar, o preconceito e a discriminação contra indivíduos e grupos homossexuais revelaram-se não de modo uniforme, mas, basicamente, em duas vertentes: manifestações homofóbicas clássicas (fortemente repressivas) e modernizadas (caracterizadas por assimilationismo das diferenças sexuais a padrões familistas tradicionais).

Tal constatação propicia a pesquisadores, a operadores jurídicos e, em especial, aos setores da sociedade civil comprometidos com o respeito e a promoção dos direitos humanos ferramentas de análise importantes e necessárias. De outro modo, poder-se-ia confundir a mudança dos discursos judiciais – do paradigma da homofobia clássica para a homofobia moderna – com o advento de uma etapa consentânea com o respeito aos direitos humanos de grupos discriminados por orientação sexual e por identidade de gênero, situação que não se apresenta. Com efeito, a reflexão aqui ofertada permite não só avançar na compreensão do conceito de homofobia, como também deixar explícitas as diversas acepções em que pode ser compreendido.

Nesse sentido, os dados coletados e as conclusões desenvolvidas pretendem contribuir, a um só tempo, para o progresso da literatura especializada sobre preconceito, discriminação e homofobia, associando-se aos esforços da comunidade acadêmica e da sociedade em geral para o fortalecimento da democracia e dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ronaldo de. Bolsonaro presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 185-213, 2019.

BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira *et al.* *Invisibilidade lésbica e a interseccionalidade de opressões*. 2014. Trabalho apresentado ao 18º Encontro da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero – REDOR. Recife, PE, Brasil. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/2269/821>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BARNART, Fabiano. *As travestilidades na ditadura: interdição e a resistência de travestis em Porto Alegre, na década de 1970*. 2018. 151 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2W9VgLg>. Acesso em: 9 jun. 2022.

BILLAND, Jan Stanislas Joaquim. *Como dialogar com homens autores de violência contra mulheres? Etnografia de um grupo reflexivo*. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

BORRILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora (org.). *Homofobia & educação: um desafio ao silêncio*. Brasília: Letras Livres EdUnB, 2009. p. 15-46.

BORILLO, Daniel. *Homofobia*. Barcelona: Bellaterra, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A atuação do STJ na garantia dos direitos das pessoas homoafetivas. 3 jun. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-03_06-55_A-atuacao-do-STJ-na-garantia-dos-direitos-das-pessoas-homoafetivas.aspx. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRAUN, Virginia; CLARKE, Victoria. Using Thematic Analysis in Psychology. *Qualitative Research in Psychology*, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 77-101, 2006.

BUTLER, Judith. Inversões sexuais. In: PASSOS, Izabel Friche (org.). *Poder, normalização e violência: incursões foucaultianas para a atualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 91-108.

CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CARVALHO, Bruno Sciberras. The Public and Private Spheres, Sociopolitical Integration and the Demands of Difference: The Responses of Multiculturalism. *Brazilian Political Science Review*, [s.l.], v. 10, n. 3, p. 1-25, 2016.

CORRÊA, Sonia. Cruzando a linha vermelha: questões não resolvidas no debate sobre direitos sexuais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 101-121, jul./dez. 2006.

COSTA, Angelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano. Homofobia e preconceito contra diversidade sexual: debate conceitual. *Temas em Psicologia*, Ribeirão Preto, v. 23, n. 3, p. 715-726, set. 2015a.

COSTA, Angelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano. O casamento “homoafetivo” e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sexo. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 137-150, jan./abr. 2015b.

COSTA, Angelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano; KOLLER, Silvia Helena. Manutenção de desigualdades na avaliação do gênero na psicologia brasileira. *Temas em Psicologia*, Ribeirão Preto, v. 25, n. 1, p. 97-115, mar. 2017.

COSTA, Angelo Brandelli *et al.* Prejudice Toward Gender and Sexual Diversity in a Brazilian Public University: Prevalence, Awareness, and the Effects of Education. *Sexuality Research and Social Policy*, [s.l.], v. 12, n. 4, p. 261-272, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Um novo direito homoafetivo. 2010. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/55_. Acesso em: 16 dez. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e constituição do sujeito*. São Paulo: Editora da PUC-SP, 2014.

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

FREIRE, Lucas de Magalhães. De sodomitas a homossexuais: a construção de uma categoria social no Brasil. *Revista Habitus*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 88-100, 2012. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11373>. Acesso em: 9 jun. 2022.

GARCIA, Leila Posenato. A magnitude invisível da violência contra a mulher. *Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, v. 25, n. 3, p. 451-454, 2016.

GATO, Jorge; FONTAINE, Anne Marie; CARNEIRO, Nuno Santos. Escala multidimensional de atitudes face a lésbicas e a gays: construção e validação preliminar. *Paidéia*, Ribeirão Preto, v. 22, n. 51, p. 11-20, abr. 2012.

GATTI, José; GREEN, James. Mais amor e mais tesão: história da homossexualidade no Brasil. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 8, n. 2, p. 149-166, 2000.

GREEN, James *et al.* *História do movimento LGBT no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2018.

GREEN, James. *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

GUIMARÃES, Cristian Fabiano *et al.* Assassinatos de travestis e transexuais no Rio Grande do Sul: crimes pautados em gênero? *Athenea Digital*, [s.l.], v. 13, n. 2, p. 219-227, 2013.

HARVARD LAW REVIEW (HLR). *Sexual Orientation and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

HEREK, Gregory. Beyond “homophobia”: Thinking More Clearly about Stigma, Prejudice, and Sexual Orientation. *American Journal of Orthopsychiatry*, [s.l.], v. 85, n. 5S, p. S29, 2015.

HEREK, Gregory; MCLEMORE, Kevin. Sexual Prejudice. *Annual Review of Psychology*, [s.l.], v. 64, p. 309-333, 2013.

LEITE, Franciele Marabotti Costa *et al.* Violência contra a mulher em Vitória, Espírito Santo, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, [s.l.], v. 51, n. 33, p. 1-12, 2017.

MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

MELLO, Luiz. Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 497-508, maio/ago. 2006.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. *Cadernos Pagu*, [s.l.], v. 39, p. 403-429, jul./dez. 2012.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Secretaria Nacional de Cidadania. *Violência LGTBfóbicas no Brasil: dados da violência*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

MORRISON, Melanie; MORRISON, Todd. Development and Validation of a Scale Measuring Modern Prejudice Toward Gay Men and Lesbian Women. *Journal of Homosexuality*, [s.l.], v. 43, n. 2, p. 15-37, Feb. 2002.

OLIVEIRA, Luciano Amaral *et al.* *Estudos do discurso: perspectivas teóricas*. São Paulo: Parábola, 2013. V. 1.

PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria Filomena; CARRARA, Sérgio. *Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

PRADO, Marco Aurélio Maximo; CORREA, Sonia. Retratos transnacionais e nacionais das cruzadas antigênero. *Revista Psicologia Política*, São Paulo, v. 18, n. 43, p. 444-448, set./dez 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Há 15 anos TJRS reconhecia primeira união estável para casal homoafetivo. 14 mar. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/ha-15-anos-tjrs-reconhecia-primeira-uniao-estavel-para-casal-homoafetivo/>. Acesso em: 16 dez. 2021.

RIOS, Roger Raupp. Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: antidiscriminação, gênero e sexualidade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1332-1357, 2020.

RIOS, Roger Raupp. Derechos sexuales: orientación sexual e identidad de género en Derecho brasileño. *Revista General de Derecho Constitucional*, [s.l.], v. 17, n. 10, 2013. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413669&d=1. Acesso em: 8 jun. 2022.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 71-100, jul./dez. 2006.

ROESLER, Claudia Rosane; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 615-638, jul./dez. 2014.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil da colônia à atualidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

VECCHIATTI, Paulo. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Bauru: Spessotto, 2019.

VIANA, Nildo. O que são minorias? *Revista Posição*, [s.l.], v. 3, n. 9, p. 27-32, 2016.

VIANNA, Adriana; LOWENKRON, Laura. O duplo fazer do gênero e do Estado: interconexões, materialidades e linguagens. *Cadernos Pagu*, [s.l.], v. 51, 2017.

WICKBERG, Daniel. Homophobia: on the Cultural History of an Idea. *Critical Inquiry*, [s.l.], v. 27, n. 1, p. 42-57, 2000. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1344226>. Acesso em: 9 jun. 2022.

WINCK, Gustavo Espíndola; STREY, Marlene Neves. Percepções sobre o gênero em homens acusados de agressão. *Psico*, Porto Alegre, PUCRS, v. 38, n. 3, p. 246-253, set./dez. 2007. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/2886>. Acesso em: 9 jun. 2022.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ZUGNO, Gabriel Bigarella *et al.*
Diversidade sexual no Tribunal de
Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:
homofobia clássica e moderna em 50
anos de decisões criminais (1970-2019).
Revista Direito GV, São Paulo, v. 18, n. 3,
set./dez. 2022, e2230. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202230>

Gabriel Bigarella Zugno

MESTRE EM PSICOLOGIA PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
PSICOLOGIA DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO
GRANDE DO SUL.

zugno62@gmail.com

Roger Raupp Rios

DOUTOR EM DIREITO PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS. ESCOLA
NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS
(ENFAM-STJ).

roger.raupp.rios@gmail.com

Leonardo Mello Garcia dos Santos

GRADUANDO EM PSICOLOGIA PELO PROGRAMA DE PÓS-
-GRADUAÇÃO EM PSICOLOGIA DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL.

leonardo.santos@edu.pucrs.br

Adolfo Pizzinato

DOUTOR EM PSICOLOGIA PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
PSICOLOGIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL.

adolfofizzinato@hotmail.com

Angelo Brandelli Costa

DOUTOR EM PSICOLOGIA PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
PSICOLOGIA DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO
GRANDE DO SUL (PUCRS). MEMBRO DOS PROGRAMAS DE PÓS-
-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS E MEDICINA E CIÊNCIAS DA
SAÚDE DA PUCRS.

angelo.costa@pucrs.br

1 Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-4641-990X>

2 Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-8916-4981>



Ministério Público, judicialização e atuação extrajudicial em saúde

PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE, JUDICIALIZATION AND EXTRAJUDICIAL ACTION IN HEALTH

Rayane Vieira Rodrigues¹ e Vanessa Elias de Oliveira²

Resumo

Este artigo tem como objetivo identificar a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) no processo de judicialização de saúde. Para isso, analisamos sua atuação judicial e extrajudicial e as estratégias utilizadas pelos seus membros no controle das políticas públicas de saúde. Adotamos os métodos quantitativo e qualitativo, realizando o levantamento de dados sobre o número da atuação judicial e extrajudicial, coleta de documentos e informações no *site* do MPSP e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, análise sistemática dos documentos e entrevistas semiestruturadas. Foi possível verificar que a judicialização representa apenas parte da atuação do MPSP na política em questão. Uma parte significativa dessa atuação acontece pela via extrajudicial, sem a interação da instituição com o Poder Judiciário. Constatamos que, em ambas as atuações, judicial e extrajudicial, o MPSP não privilegia direitos coletivos. No caso das ações civis públicas, o foco na tutela individual pode levar a grandes perdas na discussão sobre direitos coletivos; no caso da sua atuação extrajudicial, apesar de estar focada na tutela coletiva, não está direcionada ao acesso a direitos sociais.

Palavras-chave

Ministério Público; judicialização da saúde; atuação judicial; atuação extrajudicial; direito à saúde.

Abstract

This article aimed to identify the role of the Public Prosecutor's Office of São Paulo (MPSP) in the health judicialization process. Therefore, we analyze their judicial and extrajudicial activities and the strategies used by their members in the control of public health policies. We adopted quantitative and qualitative methods, conducting data of judicial and extrajudicial actions, collecting documents and information on the website of the MPSP and the Court of Justice of São Paulo, systematic analysis of the documents and semi-structured interviews. It was possible to verify that judicialization represents only a part of the performance of MPSP in health policy. A significant part of this performance takes place through the extrajudicial route, without the interaction of the institution with the Judiciary. We found that in both actions: judicial and extrajudicial, the MPSP does not focus on collective rights. In the case of class actions, the focus on individual protection can lead to great losses in the discussion about collective rights; and in the case of its extrajudicial performance, despite being focused on collective protection, it is not directed to the diffusion of social rights.

Keywords

Brazilian Public Prosecutor's Office; judicialization; judicial performance; extrajudicial performance; right to health.

INTRODUÇÃO¹

As teorias que tratam da democracia representativa afirmam que o controle sobre eleitos é central no campo da representação política (ARANTES *et al.*, 2010). Todavia, instrumentos efetivos e continuados de controle devem ser implementados com intuito de monitorar não apenas representantes eleitos, mas também burocratas, já que os últimos também influenciam no processo de políticas públicas.

Esse processo se dá pelo que parte da literatura chama de *accountability* horizontal, que, segundo O'Donnell (1998), trata-se da existência de agências estatais que exercem o controle de outros agentes, podendo, inclusive, impor sanções e *impeachment* quando provado o ilícito. No Brasil, as últimas décadas foram marcadas pela expansão e institucionalização de órgãos e mecanismos de fiscalização do poder público (ARANTES e MOREIRA, 2019). Essa expansão trouxe, concomitantemente, a interferência dessas agências, voltadas a exercer *accountability* horizontal e fiscalizar a conduta de atores estatais no ciclo de políticas públicas (ARANTES *et al.*, 2010). Entre elas, destaca-se o Ministério Público (MP), cuja atuação afeta a conduta de governantes e burocratas e também as próprias políticas públicas.

Fruto do processo de construção institucional que culminou na Constituição de 1988, ao MP foi concedido alto grau de autonomia, combinado com poucos instrumentos de *accountability* (KERCHE, 2007 e 2009). Apesar de os políticos terem a possibilidade de emendar a Constituição, modificar a legislação infraconstitucional ou interferir no orçamento do MP, ainda assim há a garantia institucional de ampla autonomia e discricionariedade.

No que tange à discricionariedade do MP, esta reside, principalmente, no que diz respeito à liberdade de escolher quais processos serão levados adiante, sobretudo nas funções de fiscalização de políticos e burocratas (KERCHE, 2007; OLIVEIRA, LOTTA e VASCONCELOS, 2020). Esse nível de discricionariedade é exacerbado pelo privilégio de propor Ação Civil Pública (ACP) e pelo monopólio do Inquérito Civil (IC). Mesmo que o MP não seja o único legitimado a propor ACP, a instituição lidera a utilização desse instrumento (CNJ, 2018). Além disso, parte dos conflitos é resolvida por meio de instrumentos extrajudiciais, ou seja, sem passar pelo Judiciário.

As amplas autonomia e discricionariedade, sem controle externo, têm implicações para a política e as políticas públicas. Na política, o caso Lava Jato explicitou os problemas causados pelo poder do MP (AVRITZER e MARONA, 2017; ARANTES e MOREIRA, 2019). Nas políticas públicas, muito vem sendo decidido pelo MP e seus membros, sem controle social ou administrativo. Promotores decidem sobre as políticas públicas das mais variadas áreas e interferem diretamente na sua gestão (ARANTES, 2019).

...

1 Este artigo é fruto da dissertação de mestrado de Rayane Vieira Rodrigues, intitulada *Ministério Público, judicialização e atuação extrajudicial em saúde: o caso do MPSP*, sob orientação da professora Vanessa Elias de Oliveira.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é compreender o papel do MP na judicialização da saúde. Analisamos sua atuação judicial e extrajudicial e as estratégias utilizadas pelos seus membros no controle dessa política. Na discussão sobre judicialização das políticas públicas, saúde é um dos temas mais analisados, porém pouco se fala sobre a atuação do MP. Para tanto, estudou-se o caso do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) por meio dos métodos quantitativo e qualitativo, e foram realizados levantamento de dados sobre o número da atuação judicial e extrajudicial, coleta de documentos e informações no *site* do MPSP e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), análise sistemática dos documentos e entrevistas semiestruturadas. A pergunta a qual a pesquisa procurou responder foi: “Quais as estratégias de atuação do MPSP na defesa do direito à saúde?”.

Nesse caso, a política de saúde foi selecionada pois, além de ser a área de política pública que recebe mais atenção nos estudos sobre judicialização, é a que torna mais evidente a escassez de investigações sobre o papel e a atuação do MP, inclusive no que diz respeito à sua atuação extrajudicial. Isto é, o estudo da área em questão oferece insumos e dados suficientes para comparação com resultados de pesquisas anteriormente realizadas, o que seria difícil de ser feito em outras áreas de políticas públicas, especialmente pela escassez de dados e de produções sobre elas.

Foi possível verificar que a judicialização representa apenas uma parte da atuação do MPSP. Uma parte significativa dessa atuação acontece pela via extrajudicial, sem a interação da instituição com o Poder Judiciário. Sobre o perfil das ACPs (atuação judicial) e dos procedimentos extrajudiciais (atuação extrajudicial), estes diferem em muitos aspectos. As ACPs propostas pelo MPSP indicam uma atuação voltada à defesa de direitos individuais, enquanto a extrajudicial está voltada à defesa do direito do consumidor e a questões de improbidade administrativa. Constatou-se, portanto, que em ambas as atuações, judicial e extrajudicial, o MPSP não privilegia os direitos coletivos e sociais. No caso das ACPs, o foco na tutela individual pode levar a grandes perdas na discussão sobre direitos coletivos; no caso da sua atuação extrajudicial, apesar de estar focada na tutela coletiva, não está direcionada ao acesso a direitos sociais.

A pesquisa aponta a relevância de aprofundar a investigação da atuação extrajudicial, ampliando a análise para a compreensão do enquadramento de boa parte dos ICs ao tema da improbidade administrativa; a interação entre outras instituições e o MP; e os efeitos de sua atuação nas políticas públicas. Sobre o último ponto, ainda que seja de extrema importância compreender os resultados dessa atuação na política ou nas políticas públicas, esse não será o foco deste trabalho.

O artigo está estruturado em cinco seções, para além da presente introdução. Iniciamos o texto com o debate sobre a judicialização da política de saúde. Posteriormente, apresentamos a principal literatura sobre a atuação judicial e extrajudicial do MP, bem como sua importância no processo de judicialização das políticas públicas. Na terceira seção, apresentamos o método para a coleta dos dados, os quais são examinados em detalhes na quarta seção. Na penúltima

seção, discutimos os resultados à luz da literatura, assim como futuras agendas de pesquisa. Por fim, tecemos as considerações finais.

I. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE

A judicialização das políticas públicas pode ser definida como um processo de “crescente utilização do sistema de justiça, para o questionamento de falhas ou omissões na produção de políticas públicas (*policies*)” (OLIVEIRA, 2019, p. 18). Nesse caso, o sistema de justiça passa a ser intermediário na elaboração e implementação de políticas, é em tal contexto que ocorre a judicialização. O MP e a Defensoria Pública tornaram-se atores centrais na formulação das demandas sobre políticas públicas levadas aos juízes, e os movimentos da sociedade civil, de forma direta ou por meio de instituições do sistema de justiça, também passaram a inserir suas demandas nos tribunais.

As áreas de políticas públicas passíveis de judicialização são diversas, reflexo da amplitude de direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, mas saúde e educação são os temas mais tratados pela literatura (OLIVEIRA, 2019). Entre as principais instituições/atores que podem provocar o Judiciário, o MP se destaca (CNJ, 2018), mas o mesmo não acontece na produção acadêmica sobre o fenômeno.

No que diz respeito aos trabalhos que tratam da judicialização da saúde, a literatura se encontra bastante avançada quando comparada com outras áreas de políticas públicas. As produções acadêmicas também se destacam pelas diferentes abordagens disciplinares, o que contribui para que as pesquisas sejam realizadas sob diferentes perspectivas e utilizem diferentes arcabouços teóricos e métodos para interpretação do fenômeno. No entanto, são poucos os trabalhos que incorporam em suas análises o papel do MP, apesar de ser ele um importante ator político, muito atuante no processo de judicialização.

A judicialização da saúde no Brasil passa a ser debatida pela literatura a partir das ações que demandam medicamentos antirretrovirais para o combate à Aids (SCHEFFER, 2009; ENGELMANN e CUNHA FILHO, 2013). O aumento do número de óbitos e a centralidade dada pela mídia ao tema geraram grande comoção internacional. Movimentos sociais passaram a pressionar o governo com o intuito de que este adotasse políticas públicas voltadas aos portadores da doença (PEPE *et al.*, 2010; VIEIRA e ZUCCHI, 2007).

Após o sucesso obtido no caso da Aids, abriu-se espaço para judicialização de medicamentos para tratamento de doenças como hepatite C, artrite, diabetes, entre outras (BORGES e UGÁ, 2009). No entanto, as ações coletivas para acesso a medicamentos antirretrovirais, típicas do primeiro momento da judicialização, perderam espaço para as ações individuais. Essas ações, apesar de utilizarem-se do instrumento processual da ACP, adotam como conteúdo a defesa de direitos individuais (CNJ, 2018), como também foi observado por esta pesquisa.

As críticas relacionadas à judicialização da saúde dizem respeito a cinco características desse fenômeno: uso das ações individuais, incapacidade do Judiciário em pensar o problema

como uma questão social e complexa que não se resolve com oferta de um medicamento, ações que privilegiam pessoas com maior nível de renda, distorção das competências federativas e favorecimento da indústria farmacêutica.

O tratamento individualizado produz distorções no sistema de saúde, além de ser ineficiente no que diz respeito à divisão justa dos recursos públicos, seguindo o princípio da equidade que sustenta o Sistema Único de Saúde (SUS). Tratando dos problemas mais específicos que o processo de judicialização da saúde tem apresentado, pesquisas empíricas acerca do perfil dos demandantes e das decisões judiciais revelam, ainda, distorções na definição de competência federativa (WANG *et al.*, 2014; MESSEDER *et al.*, 2005) e aquisição de medicamentos que não constam nas listas oficiais e de medicamentos não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (OLIVEIRA e NORONHA, 2011). Além disso, há um desvirtuamento da política, pois a assistência farmacêutica acaba sendo desvinculada da assistência médica, ou seja, as receitas não são, em sua maioria, de origem do SUS (TERRAZAS, 2010). Alguns trabalhos também identificam conexões entre a indústria farmacêutica e o processo de judicialização. Soares e Deprá (2012) discutem as ligações entre associações de pacientes e indústria farmacêutica, identificando a influência direta dessa indústria nas ações judiciais por medicamentos. Campos Neto *et al.* (2012) também identificaram concentração de ações judiciais entre médicos e escritórios de advocacia, sugerindo a utilização da Justiça e da política pública de saúde para o favorecimento da indústria farmacêutica.

Ademais, as decisões judiciais privilegiam setores menos vulneráveis da sociedade e reproduzem desigualdades sociais (CHIEFFI e BARATA, 2009). Medeiros, Diniz e Schwartz (2013) analisam a hipótese de que o tratamento para mucopolissacaridoses no Brasil seria um fenômeno das elites e estaria garantindo acesso a tratamento para classes mais altas, enquanto as classes baixas seriam excluídas do acesso – embora concluam sem uma posição definitiva sobre a questão, trazem dados que apresentam elementos consistentes acerca da potencial desigualdade gerada pela judicialização.

No entanto, a literatura também explicitou o outro lado da moeda. Se a judicialização gera desigualdades em alguns contextos, em outros, como no Distrito Federal, o acesso à justiça para obtenção de medicamentos é feito principalmente por intermédio da Defensoria Pública. Segundo Sant’Ana (2017), as demandas incluem ampla variedade de produtos e a maioria é relacionada a serviços e produtos já oferecidos pelas redes de atenção básica, o que demonstra falhas na política de saúde. Esse e outros estudos sugerem que o acesso à justiça também se dê pelas classes média e baixa (DELDUQUE e MARQUES, 2011). Diniz, Machado e Penalva (2014) também identificaram perfil diferente no Distrito Federal, onde o principal bem judicializado é o acesso a UTI, seguido por medicamentos e assistência médica. Os autores verificaram que quase a totalidade dos processos é realizada pelo defensor público e com receitas oriundas do serviço público de saúde.

Essas pesquisas chegam a diferentes conclusões acerca da distribuição de recursos públicos, pois os resultados dependem da seleção dos casos para estudo (BIEHL *et al.*, 2018).

Selecionar ações avaliadas pelos tribunais superiores ou inferiores gera análises de demandas de naturezas distintas. Da mesma forma, a variação do local e/ou instituição observada afeta o resultado: as Defensorias Públicas atendem sobretudo à demanda da população mais pobre (BIEHL *et al.*, 2018). Essa complexidade foi recentemente enfrentada pela pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que comparou dados nacionais e apresentou um panorama mais amplo do complexo processo de judicialização da saúde no Brasil (CNJ, 2019).

Entretanto, os trabalhos mencionados têm como foco de análise as ações judiciais. Poucos atentam para como as diferentes instituições do sistema de justiça tratam as demandas de políticas públicas. Não apenas o MP é negligenciado, como o são, especialmente, os procedimentos extrajudiciais. Estes são nossos objetos de análise: o MP e sua atuação, sobretudo a extrajudicial.

2. ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O MP, como parte integrante do sistema de justiça, é ator essencial na judicialização das políticas públicas. Isso se deve não apenas ao fato de a instituição deter mecanismos como a ACP e o IC para defesa de direitos, mas também ao acúmulo de atribuições da instituição, ou seja, são poucos os assuntos que não podem ser transformados em questão judicial (KERCHE, 2009). As nossas leis habilitam o MP a atuar no controle constitucional de leis e de atos normativos, na forma e no conteúdo das políticas públicas e no controle dos agentes políticos e sua conduta (ARANTES, 2019).

Mesmo antes da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), diversas leis já haviam estabelecido os direitos difusos e coletivos. A Lei n. 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, responsabilizou o MP pela ação de responsabilidade civil e criminal e é o marco jurídico inicial que assegura ao MP a defesa de direitos transindividuais (ARANTES, 1999). No mesmo ano, a Lei Complementar n. 40/1981 deu nova organização ao MP e introduziu como uma de suas funções a promoção da ACP, que foi regulada apenas em 1985, a partir da Lei n. 7.347/1985.

A CF/1988 ampliou a quantidade de direitos que poderiam ser exigidos judicialmente e deu papel importante ao MP ao incluí-lo no capítulo de funções essenciais à Justiça e estabeleceu-lo no art. 127 como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Porém, foi só em 1990, com a Lei n. 8.078, que alguns aspectos da norma foram esclarecidos, como a definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A institucionalização desses direitos foi acompanhada pela incumbência ao MP da promoção da ACP e do surgimento de uma nova instituição, dotada de independência institucional, em um modelo pouco comum quando comparado com organizações parecidas em outros contextos democráticos (KERCHE, 2018).

Após a CF/1988, outras leis passaram a reconhecer direitos difusos e coletivos e reforçar o papel central estabelecido constitucionalmente ao MP: normas relativas às pessoas portadoras

de deficiências (1989), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – 1990), Lei de Improbidade Administrativa (LIA – 1992), lei sobre infrações da ordem econômica (1994), lei da biossegurança e técnicas de engenharia genética (1995) e Lei de Responsabilidade Fiscal (2000), entre outras (ARANTES, 2007). O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) inseriu o inciso IV ao art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, com a possibilidade de que órgãos legitimados para a propositura de ACP pudessem firmar compromisso de ajustamento de conduta, instrumento também consagrado em 1990 no ECA.

A partir da promulgação da CF/1988, os instrumentos de atuação extrajudicial foram disciplinados pela Lei Orgânica Nacional (Lei n. 8.625/1993), Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/1993) (OLIVEIRA, ANDRADE e MILAGRES, 2014), entre outras resoluções, especialmente as do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A sua independência institucional permite a utilização da ACP contra políticos e de forma independente (CARVALHO e LEITÃO, 2010). Apesar de o MP não ser o único a ter legitimidade para propor ACP, ele aparece como principal ator nas ações coletivas (CNJ, 2018). Contudo, não foi apenas a possibilidade de propositura de ACP que tornou o MP uma instituição essencial para a defesa de direitos difusos e coletivos, mas também a possibilidade de atuação extrajudicial, sem a necessidade de interferência do Judiciário – o que dotou o MP de autonomia para a resolução de conflitos. Somado a isso, houve a ampliação dos direitos sociais a partir da nova Constituição, o que proporcionou, de acordo com Lemgruber *et al.* (2016), a criação de núcleos ou promotorias especializadas no tratamento de diferentes assuntos, entre eles a saúde.

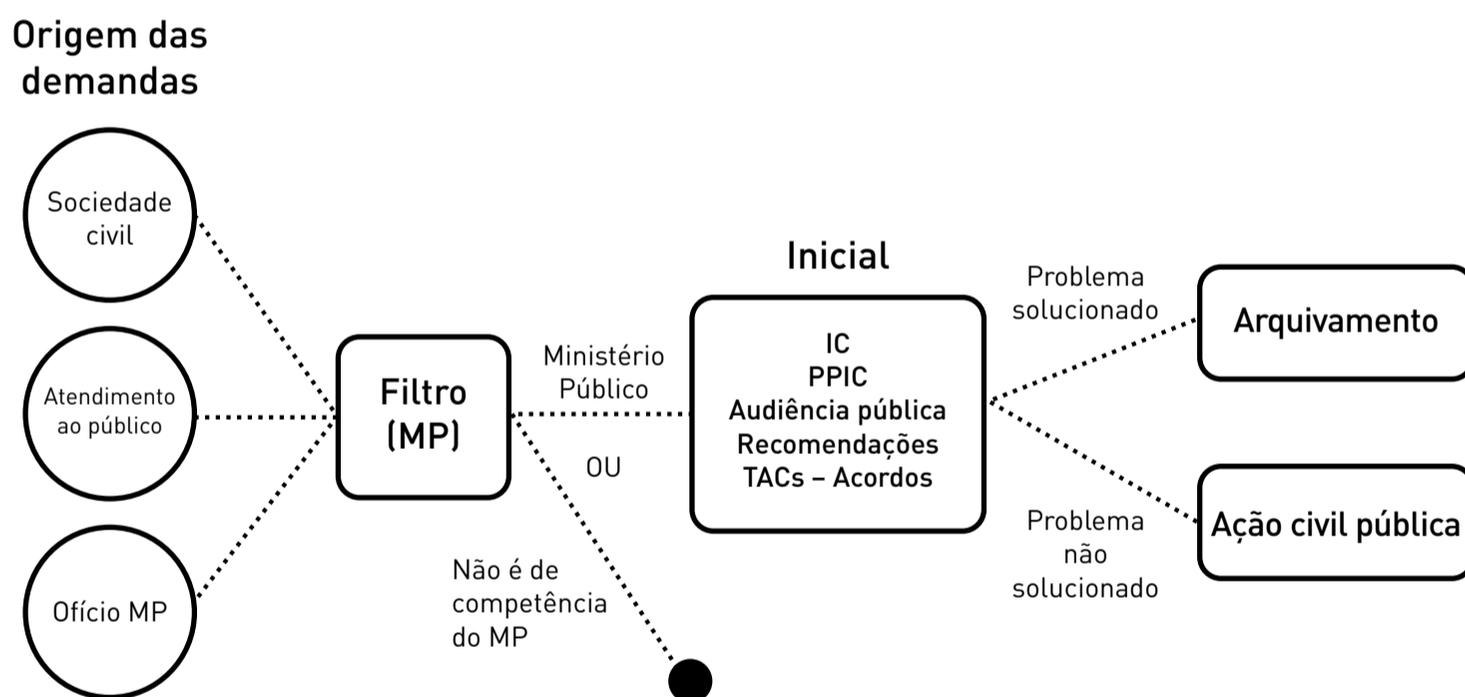
Por essa e outras razões apresentadas, o MP é uma instituição dinâmica, essencial ao processo de judicialização e à defesa de direitos prestacionais (ASENSI, 2010). Nas palavras de Sadek (2009, p. 133), “o Ministério Público, diferentemente das demais instituições do sistema de Justiça, tem controle da agenda, ou seja, pode definir o que vai fazer, como vai fazer e quando vai fazer; ao que dará prioridade e ao que não dará prioridade”. O MP pode agir de forma independente, não necessariamente como autor de ações judiciais; a atuação judicial é apenas uma faceta entre as diversas possibilidades de controle das políticas públicas, propiciando que o MP aja com quase ou nenhum controle externo e interno.

A morosidade e a falta de conhecimento técnico dos juízes também influenciam a tendência da chamada desjudicialização das políticas públicas (CAMBI e VANSCONCELOS, 2016). As formas extrajudiciais de atuação, que podem ser uma etapa da judicialização ou uma forma de evitá-la, ocorrem por meio do IC, do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), das recomendações, das audiências públicas, do diálogo direto com o gestor, entre outros instrumentos. Além disso, promotores dão preferência para atuação extrajudicial como forma de evitar a morosidade da Justiça e agir de forma mais independente (CNJ, 2018). Nesse sentido, Sampaio e Viegas (2019) demonstram que promotores e procuradores priorizam a atuação extrajudicial na tutela coletiva. Além disso, os autores identificaram o crescimento do número de

procedimentos extrajudiciais (procedimentos preparatórios, ICs e recomendações) entre os anos de 2015 e 2017.

Um dos principais instrumentos utilizados por essa instituição é o IC. A abertura de um IC pode ocorrer a partir da representação, da denúncia de atores externos ou da agenda própria de seus promotores. O IC pode ocasionar uma ação judicial, um procedimento extrajudicial ou arquivamento. Os caminhos das demandas no MP podem ter diversas origens: sociedade civil, atendimento ao público ou de ofício do MP. Essas demandas passam pelo filtro do MP e as escolhidas podem resultar na abertura de Procedimento Preparatório de Inquérito Civil (PPIC), IC, audiência pública, recomendações e TAC. Caso o problema seja solucionado, ele é arquivado; caso contrário, resulta em uma ACP. A Figura 1, a seguir, resume o caminho que as demandas podem adotar dentro do MP.

FIGURA 1 – CAMINHO DAS DEMANDAS NO MINISTÉRIO PÚBLICO



Fonte: Elaboração própria.

O IC foi criado pela Lei de Ação Civil Pública em 1985, e a Resolução n. 23, de 17 de setembro de 2007, do CNMP, uniformiza esse instrumento em âmbito nacional. É um instrumento administrativo que tem como objetivo a investigação e a solução de conflitos, mediante o qual o MP pode investigar e requisitar informações. Dependendo do caso, o inquérito pode ser arquivado ou uma medida judicial ou extrajudicial pode ser adotada. O IC é extremamente importante no que diz respeito ao controle de conduta e de comportamento dos envolvi-

dos, incluindo a própria administração pública (ARANTES, 2019). O PPIC é instaurado para apurar notícias de irregularidades e pode ensejar um IC ou mesmo uma ACP, no caso em que as provas se mostrem suficientes.

Já o TAC é instrumento de acordo firmado entre o MP e determinado agente, previsto não só na Lei de Ação Civil Pública, mas também na Resolução n. 179, de 26 de julho de 2017, do CNMP. Tem como objetivo a garantia de direitos difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros, adequação da conduta às exigências constitucionais e com eficácia de título executivo. Caso o acordo não seja cumprido, o MP terá de acionar o Poder Judiciário.

As Recomendações não têm caráter coercitivo; elas são um instrumento pelo qual o MP alerta, em ato formal, por razões jurídicas e com objetivo de persuadir seu destinatário, que este pratique ou deixe de praticar determinados atos. Esse instrumento está previsto na Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993) e disciplinado na Resolução n. 164, de 28 de março de 2017.

Por fim, a realização de audiência pública está prevista no art. 27, parágrafo único, IV, da Lei Orgânica do Ministério Público, e foi regulamentada pela Resolução n. 82, de 29 de fevereiro de 2012, do CNMP. As audiências públicas são reuniões abertas para todos os setores da sociedade e têm como objetivo discutir e oferecer elementos que embasem decisões do MP e/ou prestar contas de atividades desenvolvidas.

No entanto, apesar de não fazer parte dos objetivos desta pesquisa, essas formas de atuação extrajudicial não encerram o campo de atuação que o MP pode adotar na defesa de direitos coletivos. Alguns exemplos são os termos de cooperação técnica, fóruns, grupos de trabalho, materiais informativos e associações e promotores e/ou procuradores. Além disso, também existem os procedimentos administrativos, conforme Resolução n. 174, de 4 de julho de 2007, instrumentos que têm como objetivo acompanhar o cumprimento do TAC, fiscalizar de forma continuada políticas públicas ou instituições, apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis e embasar outras atividades não sujeitas a IC (SAMPAIO e VIEGAS, 2019).

A atuação extrajudicial também é chamada de juridicização, ou seja, quando os conflitos são discutidos sob o ponto de vista jurídico em momentos pré-processuais (ASENSI, 2010). De acordo com Asensi (2010), sobre as estratégias jurídicas na saúde, esse processo é marcado (i) pela negociação e pelo predomínio do consenso pelo diálogo; (ii) pela escolha de estratégias que implementam recursos, diretriz e compromissos em um dado período; (iii) pela incorporação da sociedade civil para formulação de consensos; e (iv) pela pluralidade na interpretação judicial. Por fim, (v) são selecionadas estratégias de solução de problemas condizentes com a realidade e com as demandas apresentadas.

Porém, essas comparações entre a atuação judicial e a extrajudicial devem ser interpretadas com cautela e crítica, já que ainda existem poucos estudos sobre os efeitos dessa atuação nas políticas públicas, o que torna tal comparação pouco confiável. Além disso, mesmo que o objetivo de atuar extrajudicialmente seja garantir que a resolução dos conflitos assumira uma

característica mais eficiente, isso não significa, necessariamente, que isso aconteça na prática. Ainda assim, Asensi *et al.* (2015), ao tratar de judicialização e juridicização, observaram promotores que identificam a atuação extrajudicial mais célere na resolução de conflitos, pois permite maior aproximação do MP com a sociedade civil e o Estado.

A identificação da atuação extrajudicial como mais célere por parte dos promotores não foi comprovada por meio da análise dos resultados das políticas públicas que passaram pelo MP. Resolução célere de conflitos também não significa, necessariamente, uma relação harmoniosa entre MP, Estado e sociedade civil. Ainda que este trabalho não tenha como objetivo examinar o efeito ou resultado dessa atuação, o perfil dos procedimentos extrajudiciais ainda merece mais aprofundamento e análise empírica para que de fato possamos compreender o uso que a instituição faz desses instrumentos e seu sentido. Outro fator importante é a relação que se estabelece entre a instituição e os diferentes alvos de sua atuação. Se, em um primeiro momento, pode parecer positiva uma atuação mais resolutiva do MP e a possibilidade de evitar a morosidade da Justiça, é preciso considerar que são poucas as informações que a instituição fornece acerca desse tipo de atuação, tornando-a pouco transparente. Além disso, como ressaltado por Kerche (2009), o instrumento do IC torna-se ainda menos *accountable*, já que não passa pelo Judiciário, e fica restrito ao controle interno da instituição.

Como forma de compreender melhor tanto o fenômeno da judicialização da saúde quanto a atuação extrajudicial da instituição na saúde, adotamos os métodos qualitativo e quantitativo.

3. METODOLOGIA

Para analisarmos a atuação judicial e extrajudicial do MP, a coleta de dados foi dividida em três momentos: no primeiro, foram mapeados os números e o perfil da atuação extrajudicial; no segundo, foi realizada a coleta de ACPs propostas pelo MP para análise da atuação judicial; por fim, foram realizadas entrevistas semiestruturadas.

Diferentes métodos foram utilizados na etapa de levantamento de dados devido à dificuldade de acessá-los por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), já que o pedido pelo conteúdo dos processos não foi atendido. Ademais, os dados não são disponibilizados de forma aberta no *site* institucional. Essas questões dificultam o acesso aos dados e exigem o desenvolvimento de ferramentas mais sofisticadas, o que não está de fato disponível para qualquer público. Trata-se de um aspecto de extrema importância, porque em entrevistas foi possível captar que, para o controle de políticas públicas, os promotores dão preferência para esse tipo de atuação. Isto é, parte relevante da atuação do MP é de pouco conhecimento da população, apresentando, inclusive, grandes desafios para a compreensão por parte de pesquisadores.

Na primeira etapa, foi construído um Web Scraper² para a coleta de dados referentes à atuação extrajudicial do MPSP. No momento de realização da pesquisa, o acesso às páginas se deu na seguinte ordem: abertura da página inicial do *site* do MPSP,³ seguida pela página de consulta de procedimentos.⁴ A partir de então, acessamos as páginas (1) de consulta de Inquéritos Civis, Termos de Ajustamento de Conduta, Procedimentos Preparatórios de Inquéritos Civis, Inquéritos Policiais e Procedimentos Investigatórios Criminais,⁵ (2) de consulta de recomendações expedidas⁶ e (3) de consulta de termos de ajustamento de conduta.⁷

O algoritmo desenvolvido coletou as informações mencionadas anteriormente sobre todos os procedimentos, página por página.⁸ Como o objetivo do trabalho é compreender a atuação da instituição na judicialização da saúde a partir da análise de suas estratégias judiciais e extrajudiciais, o conteúdo dos documentos referentes à atuação extrajudicial foi lido na íntegra, categorizado, organizado e descrito. Essa categorização é uma contribuição importante da pesquisa, pois não existem trabalhos que tenham realizado o mesmo processo anteriormente, tratando-se, portanto, de um dado inédito.

A segunda etapa, relacionada à atuação judicial do MP, foi constituída por dados solicitados ao próprio MPSP, via LAI, com todas as ACPs propostas pela instituição no período entre 2009 e 2019.⁹ O MPSP atendeu à solicitação e forneceu uma lista com 1.939 ações. De posse do número das ações, foi possível realizar a coleta do conteúdo das ACPs no *site* do TJSP,¹⁰ via Web

...

- 2 Web Scraper é um método de coleta de dados na *web* que permite a raspagem de um grande número de informações de forma automática.
- 3 Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/home_interna. Acesso em: 14 jun. 2022.
- 4 Disponível em: <https://sismpconsultapublica.mpsp.mp.br/>. Acesso em: 14 jun. 2022.
- 5 Disponível em: <https://sismpconsultapublica.mpsp.mp.br/ConsultarProcedimentos/ObterProcedimentos>. Acesso em: 14 jun. 2022.
- 6 Disponível em: <https://sismpconsultapublica.mpsp.mp.br/ConsultarProcedimentos/Recomendacoes>. Acesso em: 14 jun. 2022.
- 7 Disponível em: [https://sismpconsultapublica.mpsp.mp.br/ConsultarProcedimentos/ObterProcedimentos Tac](https://sismpconsultapublica.mpsp.mp.br/ConsultarProcedimentos/ObterProcedimentosTac). Acesso em: 14 jun. 2022.
- 8 Importante notar que recentemente o *site* do MPSP foi reformulado, o que pode interferir na reprodução dos passos descritos.
- 9 Os dados foram coletados a partir de 2009, pois foi a partir desse ano que os procedimentos passaram a ser disponibilizados no sistema do MPSP. Para fins de comparação, foi selecionado o mesmo marco temporal para análise das ações disponíveis no *site* do TJSP.
- 10 Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Scraper. Nesse caso, o algoritmo foi elaborado no *software* R por meio dos pacotes R*selenium* e *rvest*. Tal algoritmo de extração foi construído em duas etapas. A primeira visou atender a dois objetivos: verificar se o número do TJSP é relacionado a um processo restrito ou não,¹¹ e, caso não fosse restrito, armazená-lo na página com as informações detalhadas. Para tanto, após ser realizado o *login* no *site* do TJSP, o algoritmo buscou todos os 1.368 processos com números do TJSP com 25 caracteres (quantidade correta de caracteres para que se possa pesquisar o processo) em primeiro grau. Desses, 1.137 ACPs puderam ser acessadas, e uma amostra de 288 foi selecionada para leitura.

Por fim, a interpretação crítica desses documentos não poderia ser realizada sem complementação das informações com entrevistas, já que o mero conteúdo dos documentos coletados não é suficiente para compreender como promotores atuam. Por esse motivo, e como forma de oferecer um quadro ainda mais confiável acerca da atuação do MPSP, foram realizadas entrevistas semiestruturadas.

Para as entrevistas, foram coletados nomes de promotores que constavam como autores de ACPs, aqueles presentes em procedimentos administrativos e indicações. As entrevistas foram realizadas presencialmente, quando possível, e a distância, por chamada de vídeo. Além de promotores com atribuição na área de saúde pública, foram incluídos promotores que trabalharam como substitutos, promotores que atuam na área de direitos do consumidor (muitos dos documentos analisados tratam desse direito), promotores com atuação especializada na área da saúde e promotores de cidades do interior que detêm atribuição geral. Ao todo, foram entrevistados nove promotores do MPSP, com aplicação de um questionário.

Na análise dos documentos identificou-se a atuação do MP em sua dimensão processual, e as entrevistas complementam esses dados ao trazer informações imprescindíveis sobre os aspectos mais estratégicos de sua atuação.

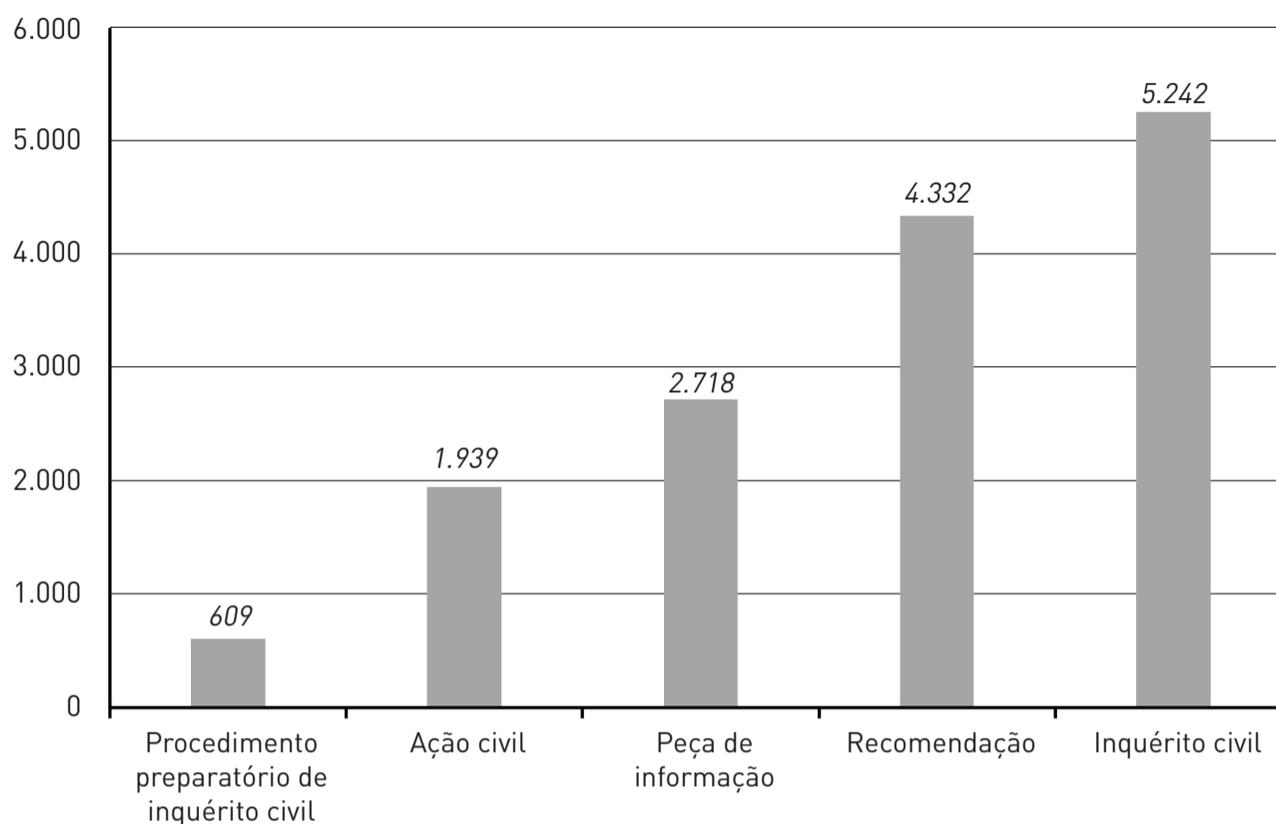
4. RESULTADOS: OS NÚMEROS DA ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

O Gráfico 1 indica o total de procedimentos (14.840) na área da saúde por tipo de procedimento, no âmbito do MPSP. Essa informação foi enviada pela instituição por meio da LAI, porém o conteúdo dos documentos não foi enviado. Acessamos e realizamos a análise apenas daqueles que estavam disponíveis nos *sites* do MPSP (no caso da atuação extrajudicial) e do TJSP (no caso das ACPs).

...

11 ACPs restritas estão sob sigilo de Justiça e só podem ser acessadas mediante o uso de uma senha específica.

GRÁFICO 1 – TOTAL DE PROCEDIMENTOS POR TIPO



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados enviados pelo MPSP.

Para a coleta dos ICs e PPICs, foi necessária a adoção de ferramenta de coleta, como descrito anteriormente. Importante lembrar que isso implicou o acesso a um número menor de procedimentos, pois nem todos estão disponíveis no *site*; outros, apesar de ser possível encontrar o número do procedimento, não apresentam nenhum documento anexado; ainda, aqueles que estão sob sigredo de Justiça também não puderam ser acessados. Dessa forma, a amostra foi reduzida, o que provavelmente impediu o contato com assuntos mais sensíveis. Porém, como o objetivo era compreender as estratégias voltadas à defesa do direito à saúde e não casos específicos, a análise dos dados não ficou prejudicada.

4.1. ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Nesta etapa, os documentos analisados são fruto de buscas realizadas no *site* do MPSP e coletados via Web Scraper. Como mostra a Tabela 1, foi feita a leitura de 345 ICs reunidos por meio desse instrumento. Os documentos que estavam sob sigilo não puderam ser acessados ou mesmo identificados entre aqueles classificados no tema saúde.

Do total de procedimentos, a maior parte foi arquivada sem instauração de TAC ou recomendação. Isto é, os ICs são, em sua maioria, arquivados sem que se tornem TACs ou recomendações, e a maior parte das investigações não é levada adiante. Como veremos, os promotores entrevistados afirmam que isso se dá porque, ainda na etapa de investigação, boa parte dos problemas constatados pelos promotores é resolvida. Na leitura dos documentos, a justificativa

nem sempre é clara sobre o arquivamento, mas normalmente aparece como perda do objeto, resultado da resolução do conflito em questão. Por isso, essas informações precisaram ser complementadas com entrevista.

TABELA 1 – *STATUS DOS PROCEDIMENTOS*

SITUAÇÃO	FREQUÊNCIA	%
ARQUIVADO	290	84%
TAC	41	12%
RECOMENDAÇÃO	11	3%
TAC/RECOMENDAÇÃO	2	1%
TRANSFERIDA PARTE DA DENÚNCIA	1	0%
TOTAL	345	100%

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados do MPSP coletados via Web Scraper.

São poucos os procedimentos que levam à proposição de TACs. A leitura também demonstrou que, do total de procedimentos, apenas 11 originaram ACPs – o que corresponde a pouco mais de 3% dos 345 procedimentos extrajudiciais iniciados. Na Tabela 2, constam os principais assuntos dos procedimentos. É possível observar que o tema mais frequente é a improbidade administrativa (39% dos casos).

TABELA 2 – *PRINCIPAIS ASSUNTOS DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL*

ASSUNTO	QUANTIDADE	%
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTS. 9º, 10 E/OU 11 DA LIA)	136	39%
SERVIÇOS DE SAÚDE	107	31%
NÃO IDENTIFICADO	47	14%
PATRIMÔNIO SOCIAL	24	7%
IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS – DESVIO DE BENS E VALORES (LEI N. 7.347/1985 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA)	18	5%

(continua)

ASSUNTO	QUANTIDADE	%
PLANOS DE SAÚDE	4	1%
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL E SERVIÇOS DE SAÚDE	4	1%
SEGURO(S)	2	1%
PATRIMÔNIO SOCIAL	1	0%
COMÉRCIO EM GERAL E SERVIÇOS DE SAÚDE	1	0%
CONTROLE SOCIAL E CONSELHOS DE SAÚDE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREJUÍZO AO ERÁRIO (ART. 10 DA LIA)	1	0%
TOTAL	345	100%

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados do MPSP coletados via Web Scraper.

De acordo com a Tabela 3, os representados, ou seja, aqueles que são alvo dos procedimentos, são principalmente os municípios e os planos de saúde, e entre os planos de saúde a Unimed é a que mais se destaca. Hospitais e Santas Casas de saúde também são altamente demandados.

TABELA 3 – DEMANDADOS

DEMANDADOS	FREQUÊNCIA	%
MUNICÍPIO	158	36%
OUTROS PLANOS DE SAÚDE	49	11%
UNIMED	40	9%
HOSPITAIS	21	5%
SANTA CASA	21	5%
INDIVÍDUO(S)	18	4%
ASSOCIAÇÕES	14	3%
IRMANDADE SANTA CASA DE MISERICÓRDIA	6	1%
NÃO IDENTIFICADO	6	1%
INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL	5	1%

(continua)

DEMANDADOS	FREQUÊNCIA	%
ORGANIZAÇÃO SOCIAL	5	1%
SINDICATO	3	1%
OUTROS	90	21%
TOTAL	436	100%

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados do MPSP coletados via Web Scraper.

Indivíduos e anônimos são os principais demandantes nos documentos analisados. Quando se trata do alcance dos procedimentos, verificamos que a maioria lida com direitos coletivos e individuais homogêneos, como mostra a Tabela 4.

TABELA 4 – ALCANCE DOS PROCEDIMENTOS

TITULARIDADE	TOTAL
COLETIVO	196
INDIVIDUAL HOMOGÊNEO	92
INDIVIDUAL	55
INDETERMINADO	2
TOTAL	345

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados do MPSP coletados via Web Scraper.

Finalmente, os dados da atuação extrajudicial analisados demonstram que os procedimentos são, em sua maioria, arquivados e não chegam à etapa da judicialização. São poucos os TACs, e a maior parte trata do tema da improbidade administrativa, com foco nos municípios.

4.2. ATUAÇÃO JUDICIAL

Do total de ações propostas pelo MP, foi possível acessar pelo *site* do TJSP um total de 1.137 ACPs. Para leitura e compreensão das ACPs retornadas desse *site*, selecionamos uma amostra aleatória com 95% de confiança e margem de erro de 5%, resultando em 288 ações. Dessa forma, foi possível ler e compreender o perfil das ações civis propostas pelo MP. Essa etapa é importante, pois os assuntos indicados nos documentos coletados via Web Scraper não levam a compreensão tão precisa do seu teor quanto a leitura completa do documento.

Identificamos que as ACPs (da amostra analisada) tratam, em sua maioria, de interesses individuais: fornecimento de medicamentos, tratamento médico-hospitalar e internação compulsória. Do total da amostra selecionada, 53% tratam de interesses individuais, 24% de direitos difusos ou coletivos e 9% de direitos individuais homogêneos. Em 13% dos casos a identificação não foi possível.

Em relação à distribuição dos temas por ano, é possível verificar aumento da quantidade de assuntos tratados nos primeiros anos, mas o fornecimento de medicamentos mantém-se como o principal assunto, como pode ser verificado na Tabela 5. Esse dado é condizente com achados de outras pesquisas sobre judicialização da saúde (CNJ, 2018). Em segundo lugar, encontra-se o tema de tratamento médico-hospitalar.

TABELA 5 – ASSUNTO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

ASSUNTO	TOTAL	%
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	82	28%
TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR	50	17%
INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA	24	8%
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	17	6%
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E INSUMOS	14	5%
FORNECIMENTO DE INSUMOS MÉDICOS	13	5%
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PRIVADOS	8	3%
BENS PÚBLICOS	6	2%
CONTROLE DE ZONOSE	6	2%
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTO MÉDICO	6	2%
TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	4	1%
CONTROLE DA DENGUE	4	1%
POLÍTICA CARCERÁRIA	3	1%
GESTÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE	2	1%
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS/TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	2	1%
CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE	1	0%

(continua)

ASSUNTO	TOTAL	%
OUTROS	11	4%
NÃO IDENTIFICADO	35	12%
TOTAL	288	100%

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados do MPSP e do TJSP coletados via Web Scraper.

Na Tabela 6, é possível verificar que os principais alvos das ACPs são os municípios. Em alguns casos, estados e municípios são réus das ações e a exigência é que sejam fornecidos medicamentos e tratamento médico-hospitalar em regime de colaboração. Esse dado reforça aquele apresentado por Wang *et al.* (2014) sobre a questão federativa envolvida na judicialização da saúde: o Judiciário desconsidera a divisão de competências federativas do SUS, demanda dos municípios medicamentos cujo fornecimento não está sob sua responsabilidade, mas compete aos gestores estaduais. Esse é um problema que não se encerra na atuação do MP.

O Supremo Tribunal Federal passou a defender, a partir do Tema 793, a tese da solidariedade dos entes, que permite ação judicial contra qualquer ente federativo, abrindo espaço para exigir o cumprimento das ações do ente que oferecer menos resistência. Ainda que isso tenha sido repensado no julgamento do Recurso Extraordinário 855.178, que inseriu a necessidade de “direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”, não houve afastamento completo da tese inicial. Compreendemos que isso pode gerar grandes prejuízos para as políticas públicas, já que elas respeitam lógicas próprias em sua organização orçamentária e de responsabilidade.

TABELA 6 – RÉU DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

RÉU	TOTAL	%
MUNICÍPIO	118	41%
ESTADO DE SÃO PAULO E MUNICÍPIO	87	30%
ESTADO DE SÃO PAULO	46	16%
UNIDADE TERAPÊUTICA/REABILITAÇÃO	11	4%
INDIVÍDUO(S)	8	3%

(continua)

RÉU	TOTAL	%
MUNICÍPIO E OUTRO(S)	4	1%
ESTADO DE SÃO PAULO, MUNICÍPIO E OUTROS	3	1%
ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO(S)	2	1%
OUTROS	9	3%
TOTAL	288	100%

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados do MPSP e do TJSP coletados via Web Scraper.

O objeto das ACPs propostas pelo MPSP indica uma atuação voltada à defesa de direitos individuais. Ainda, as ações civis propostas parecem manter o *status quo* da judicialização da saúde no Brasil, i.e., ainda tratam dos mesmos assuntos e não realizam grandes questionamentos sobre o direito à saúde ou as políticas públicas de saúde. O foco na tutela individual, nesse caso, representa um problema no uso desse importante instrumento judicial, uma vez que ele foi instituído para o oposto, isto é, para a tutela coletiva. Ademais, o desenho das políticas públicas ou seus problemas de implementação – que impedem o acesso ao direito –, não estão sendo questionados por boa parte das ações ajuizadas, que estão voltadas exclusivamente ao atendimento de um conjunto de interesses individuais. Trata-se, portanto, de uma judicialização atomizada, ainda que com base em um dos principais instrumentos de defesa dos interesses coletivos, que é a ACP.

4.3. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SEGUNDO A VISÃO DE SEUS MEMBROS

A atuação extrajudicial do MP levanta importantes questões sobre discricionariedade dos promotores para lidar com as demandas sociais, em especial pelo fato de que procedimentos extrajudiciais não chegam ao Judiciário e são utilizados principalmente para controle de políticos e burocratas. Eles nascem e morrem no MP, sem nenhum controle externo. É evidente que a autonomia institucional do MP é fruto de um processo de delegação de poderes à instituição por parte dos políticos e da criação de instrumentos que garantem essa liberdade (KERCHE, 2007), como aqueles adotados pelo CNMP para resguardar a autonomia da instituição no que diz respeito à sua atuação na área de políticas sociais (OLIVEIRA, LOTTA e VASCONCELOS, 2020).

No entanto, ao tomar a autonomia como fato já reconhecido pela literatura e fortalecido pelas leis evidenciadas anteriormente, faz-se necessário discutir o nível de discricionariedade dos promotores no que se refere à defesa de direitos coletivos e ao controle de políticas públicas. Promotores podem adotar diferentes formas de atuação. Segundo Silva (2001), há dois tipos de promotores, os de fato e os de gabinete. Os promotores de fato são aqueles que

utilizam procedimentos extrajudiciais como forma de articulação, pressão e mobilização de diferentes atores sociais, governamentais e não governamentais. Em contrapartida, os promotores de gabinete, apesar de evitarem a judicialização das demandas, optam por não lidar com questões relacionadas à implementação de serviços públicos.

Há também a diferenciação entre atuação demandista e resolutive (OLIVEIRA, ANDRADE e MILAGRES, 2014). A atuação demandista é aquela em que a instituição age perante o Judiciário, demanda deste a resolução dos conflitos e utiliza instrumentos judiciais. A forma de atuação resolutive é caracterizada pela atuação da instituição como mediadora dos conflitos sociais, que privilegia o uso de instrumentos extrajudiciais. Por fim, Coslovsky (2011) afirma que existem dois tipos de atuação dos promotores; aqueles que estão vinculados ao escritório e utilizam, principalmente, recursos formais e visíveis da organização, e aqueles que agem de forma desviante e buscam soluções criativas para problemas.

Os trabalhos mencionados trazem luz ao uso que diferentes promotores fazem de sua discricionariedade, mas não informam como isso é realizado a partir dos instrumentos que lhes são disponibilizados, ou seja, como eles utilizam sua autonomia na atuação cotidiana. Parte da literatura que estuda empiricamente a atuação extrajudicial do MP vê nesse processo uma qualidade, por significar a não judicialização e uma atuação mais ágil, mas desconsidera o debate mais profundo acerca dos limites que outras instituições e a própria sociedade detêm sobre o controle desse tipo de procedimento.

Neste trabalho, as entrevistas não tiveram como objetivo pensar em uma categorização ou diferentes formas de atuação por parte dos promotores, mas compreender de forma geral o sentido da atuação e aprofundar o entendimento sobre os dados apresentados anteriormente. Foi possível levantar informações importantes sobre a preferência pela atuação extrajudicial e a relação que promotores estabelecem com a administração pública.

Sobre a escolha da atuação extrajudicial, segundo todos os promotores entrevistados, é a melhor forma de resolver os conflitos, já que, quando as demandas são levadas para o Judiciário, eles perdem o controle sobre o que será decidido, além do tempo excessivo de demora da decisão. Ademais, a atuação extrajudicial envolve não apenas procedimentos tradicionais (PPIC, IC, TAC, recomendações e audiências públicas), mas também reuniões, ligações, conversas informais e Procedimentos Administrativos (PANI e PAA). Os TACs não parecem ser utilizados com muita frequência, e, conforme alguns relatos dos entrevistados, a administração pública tem receio de se comprometer com a assinatura de um acordo.

Eu acho tudo isso muito mais efetivo, *a partir do momento que você entra com um ACP, você deixa de ser protagonista daquele processo*. Embora você seja o autor da ação, ele passa a seguir no tempo do Judiciário, ele segue um processo judicial, é o juiz que está comandando. Então, *a gente perde um pouco a liberdade de tomar determinadas atitudes*, muito embora dentro do processo, em qualquer momento a gente possa fazer um acordo. A experiência foi mostrando que, muitas vezes, quando a gente chama os envolvidos, principalmente

o Poder Público para conversar, às vezes não é falta de vontade do Poder Público, mas ele não saber exatamente qual decisão tomar. Ajuda muito quando o MP participa e começa a pensar junto quais são as estratégias e soluções daquele caso. A gente vai aproximando as pessoas, então a atuação enquanto um agente político é muito mais efetiva, é muito mais interessante do que ser autor de uma ação civil pública. (Promotora 9, grifos nossos)

No que diz respeito às demandas por medicamentos, alguns promotores decidem atuar apenas como fiscal da lei, poucos são os que afirmaram ajuizar a ação para a oferta de medicamentos. Ainda que o número de ações judiciais nesse tema seja muito alto, isso não quer dizer que todos os promotores estejam ajuizando esse tipo de ação. Mesmo que a atuação de alguns esteja principalmente voltada para ajuizar ACPs, outros podem adotar outro perfil de atuação.

Eu sempre fiz a opção de não atuar enquanto autora de ações individuais, o MP nessas ações sempre participava, que é um pleito contra o Poder Público, seja através do Estado ou do município. Então existia intervenção obrigatória do MP, eu preferia participar do processo como custos legis e não como autora. Isso me dava uma liberdade maior de definir alguns critérios para o posicionamento quanto à concessão ou não dos medicamentos. Eu sei que têm colegas [...] que têm volume muito grande de ações de medicamentos [...]. Como eu não tinha essa estrutura e as matérias envolvendo a questão de medicamento de tratamento é algo que foge do meu conhecimento, eu sempre achava melhor atuar enquanto promotora como custos legis para poder ter a liberdade de procurar as informações. Consultava muito os bancos de dados, a medicina baseada em evidência, para poder ter essa informação e fazer análise um pouco mais técnica nos processos. (Promotora 9)

Ademais, muitos promotores afirmaram que várias demandas individuais são repassadas para a defensoria, sobretudo nos casos relacionados a medicamentos.

O MP também atua em parcerias formais e informais, compartilha informações e utiliza de técnicos da administração pública para qualificar sua atuação. Essas parcerias são de extrema importância, principalmente em um contexto em que a instituição tem pouca capacidade de oferecer suporte técnico para os promotores de todo o estado. Além disso, elas também são um meio de elaborar e implementar políticas públicas, como é o caso do Acesso SUS, política pública elaborada e executada em parceria com instituições do Sistema de Justiça e Administração Pública.

Eu formei parcerias, e vou dizer assim, parcerias informais, isso foi, não houve um termo de cooperação, não houve um documento formalizando essas parcerias, isso se formava na

base do diálogo e da convivência diária com médicos, com profissionais, com os próprios gestores do SUS. Diretores de departamento das secretarias municipais de saúde, principalmente aqueles responsáveis pelas triagens, pela regulação dos atendimentos e dos medicamentos, então a gente formava essas parcerias antes de entrar na Justiça, ou antes de requisitar a entrega dos medicamentos, nós submetíamos para eles para uma avaliação prévia. (Promotor 1)

Os promotores afirmaram lidar com diversas fontes de informação: recebem denúncias de funcionários da área de saúde, da população, denúncias anônimas, por meio da ouvidoria, por meio do atendimento ao público, e atuam também com base em notícias veiculadas na imprensa, entre outros. Além disso, problemas recorrentes também os levam a atuar, mesmo que sejam reclamações de indivíduos.

“Muitos dos meus inquéritos civis foram instaurados a partir de informações que eu tinha na imprensa e instaurava de ofício. Mas recebia por *e-mail* coisas da ouvidoria” (Promotora 9).

Esse fato permite ao promotor ampla discricionariedade, ficando a seu cargo decidir de que forma agir e quais questões investigar. A resolução que trata da instauração da notícia de fato e do procedimento administrativo (Resolução n. 174/2017) determina que toda notícia de fato e toda demanda dirigida aos órgãos de atividade-fim podem ser atendimentos, notícias, documentos, requerimentos ou representações. Possibilita também aos promotores adotar mecanismos de triagem, atuação, seleção e tratamento. Isto é, são diversas as fontes de demanda e o promotor tem a liberdade de adotar mecanismos de triagem e seleção como forma de decidir quais demandas serão investigadas.

Em relação à forma como promotores selecionam os casos a serem analisados, foi possível observar na análise anterior que os municípios são os principais demandados na atuação extrajudicial e por meio das ACPs. No entanto, existem competências administrativas definidas entre União, estados e municípios. Mesmo promotores que atuam no interior podem incluir em suas ações estados e municípios, no entanto isso não ocorre. Por isso, perguntamos a eles qual ente federativo é demandado com mais frequência. Muitos afirmaram que demandam quase sempre dos municípios, pois os pedidos são atendidos de forma mais rápida e fácil. Ainda que existam opiniões opostas, os promotores que afirmam agir dessa maneira justificaram que para demanda em saúde poderiam exigir qualquer um dos entes, mas que o município é o ente que executa mais rápido.

Além disso, no que se refere às ACPs, existe um cálculo que permite saber que juiz decidirá o caso e qual a preferência dele, ou seja, existe uma estratégia que aumenta a possibilidade de ganho do processo.

Na especialização da saúde, você pode escolher um dos entes, mas na prática os municípios que vão executar, geralmente é o município. Quando você entra com um [ente federativo] pedem para chamar outros dois, aí você coloca três. O juiz já excluiu um. A questão é entender como o juiz pensa para não atrasar o processo, esse é o problema da judicialização. (Promotor 2)

Não, e aí a prefeitura tenta incluir, eu não concordo [respondendo à pergunta: atua fazendo pedidos para prefeitura, você tem pedidos para o Estado de São Paulo?]. Essa tem sido uma estratégia que tem dado certo. Porém, se é uma cirurgia, a prefeitura vai lá e faz o que deveria ter feito. Não é feito em hospital particular e nem nada, é feito no próprio hospital público referência que já seria feito se o Poder Público tivesse feito a parte dele. Vira e mexe a prefeitura quer insistir e eu falo que não, que o autor não é obrigado a suportar uma ampliação do polo passivo da relação processual, e que de mais a mais tem lá, o Supremo é tranquilo, o Tribunal de Justiça também é tranquilo, são todos solidários, eu posso selecionar 1, 2 ou 3. Mas eu optei por 1. (Promotor 4)

Essa prática gera distorções no SUS por prejudicar muitos municípios, principalmente municípios pequenos, com pouca capacidade orçamentária (WANG *et al.*, 2014). Essa distorção também surgiu como preocupação em uma das entrevistas:

É obrigação do MP estudar a política pública, estudar a atribuição de cada gestor do SUS – federal, estadual ou municipal – e cobrar de cada um o que é devido. Isso é essencial, eu acho muito importante para que a gente não cause distorção, o que continua ocorrendo muito, na minha opinião. (Promotor 5)

Wang *et al.* (2014) demonstram como a judicialização da saúde sobrecarrega o município do estado de São Paulo ao exigir que este forneça medicamentos que deveriam ser fornecidos por outros entes federativos (estado ou União). Esse efeito da judicialização da saúde já é reconhecido pela literatura e pode estar sendo reproduzido não apenas por juízes em suas decisões, mas também pelo MP, que, como autor de ACPs ou até mesmo em sua atuação extrajudicial, pode estar seguindo o mesmo padrão de atuação.

O Quadro 1 resume as informações coletadas por meio das entrevistas:

QUADRO 1 – SÍNTESE DOS RESULTADOS DAS ENTREVISTAS

TEMA	PRINCIPAIS RESULTADOS
ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL	PREFERÊNCIA PELA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL; ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL É MUITO MAIS AMPLA QUE PROCEDIMENTOS TRADICIONAIS E PREVISTOS EM LEIS; PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS; ATUAÇÃO JUDICIAL PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS.
MEDICAMENTOS	DIFERENTES FORMAS DE LIDAR COM A DEMANDA POR MEDICAMENTOS; PARTE DOS PROMOTORES ENTREVISTADOS NÃO É AUTORA DE AÇÕES POR PEDIDOS DE MEDICAMENTOS; ATUAÇÃO COMO FISCAL DA LEI; DEMANDAS INDIVIDUAIS REPASSADAS PARA A DEFENSORIA.
PARCERIAS COM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE CIVIL	PARCERIAS TÉCNICAS EXTREMAMENTE IMPORTANTES, PRINCIPALMENTE EM CONTEXTO EM QUE O MPSP NÃO CONSEGUE OFERECER APOIO TÉCNICO PARA TODOS OS PROMOTORES, PRINCIPALMENTE NO INTERIOR DO ESTADO; PARCERIAS FAZEM PARTE DO COTIDIANO, MUITAS SÃO INFORMAIS; GARANTIA DE ADEQUADA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
QUESTÃO FEDERATIVA (ESTADO OU MUNICÍPIOS)	AJUIZAR AÇÕES OU ABRIR PROCEDIMENTOS CONTRA OS MUNICÍPIOS PARECE SER UMA ESTRATÉGIA PARA CONSEGUIR RESULTADOS POSITIVOS DE FORMA MAIS RÁPIDA E FÁCIL; DISTORÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS.
COMO PROMOTORES SELECIONAM OS CASOS	A SELEÇÃO DOS CASOS QUE SERÃO INVESTIGADOS DEPENDE DAS PREFERÊNCIAS DOS PROMOTORES; INÚMERAS FONTES DE INFORMAÇÃO E DENÚNCIAS.

Fonte: Elaboração própria.

As entrevistas contribuíram para aprofundar informações já possíveis de verificar a partir dos dados e documentos coletados, mas também trouxeram importantes informações sobre como agem e o que pensam os promotores quando atuam na área da saúde.

Na próxima seção, discutiremos as informações encontradas nas entrevistas à luz dos dados quantitativos apresentados nas seções 4.1 e 4.2.

5. DISCUSSÃO: OS SENTIDOS DAS ATUAÇÕES JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA DA SAÚDE

O objetivo deste trabalho foi entender o papel do MPSP na judicialização da saúde, e para isso foram analisadas suas estratégias judiciais e extrajudiciais na defesa do direito à saúde. O objeto das ACPs propostas pelo MPSP indica uma atuação voltada à defesa de direitos individuais, ainda que o total de ações possa gerar efeitos indiretos e coletivos à sociedade. Ainda, as ACPs propostas parecem manter o *status quo* da judicialização da saúde no Brasil, i.e., não trazem

em si questionamentos sobre o direito à saúde ou as políticas públicas de saúde, o que, como mencionado anteriormente, ressalta o uso equivocado, atomizado, que se vem fazendo de um instrumento pensado para a defesa de direitos difusos e coletivos. Para futuras pesquisas, seria importante compreender o motivo pelo qual juízes aceitam e decidem de forma favorável nesse tipo de ação.

O que observamos é que os principais assuntos se referem à oferta de medicamentos e tratamento médico-hospitalar. Esse tema também foi identificado na leitura dos procedimentos administrativos, porém, nesse caso, foi encontrado um número expressivo de procedimentos voltados à compreensão de questões relacionadas à improbidade administrativa. Esse dado pode ilustrar três pontos: (i) boa parte da atuação do MP, no que se refere a questões que envolvem saúde, está voltada para o tema da improbidade administrativa, (ii) essas questões não são judicializadas, mas tratadas de forma extrajudicial – importante notar, inclusive, que boa parte dos ICs é arquivada; e, (iii) ainda que a tutela coletiva seja preferencialmente utilizada nos procedimentos extrajudiciais, ainda assim, ela não está discutindo direitos sociais, difusos e coletivos.

Segundo Arantes (2019), a instauração de um IC já é suficiente para modificar a conduta dos envolvidos na implementação de uma política pública, encerrando os casos sem a necessidade de instauração de uma ACP. Dessa forma, o IC é visto como instrumento de coação, no qual promotores conseguem agir de forma a “corrigir” problemas percebidos.

No entanto, o desfecho do IC também pode ser analisado sob a perspectiva de “não decisão”, isto é, promotores de justiça, em vez de ajuizarem, podem arquivar casos, contando apenas com a chancela de seus superiores (VIEGAS, 2020). Portanto, por tal perspectiva, essa seria uma face oculta do poder do MP, já que essa atuação extrajudicial, além de não ter nenhum controle externo, não é de conhecimento público. As ACPs, ao contrário, são a parte visível da atuação do MP, são decisões públicas, e é por isso que restringir a análise apenas às ACPs limita nossa compreensão sobre a instituição. Ainda que este trabalho não se aprofunde em investigar nenhuma dessas questões, elas são extremamente importantes para de fato compreender o sentido da atuação política do MP.

Diferentemente da atuação judicial, em que a decisão cabe ao Poder Judiciário, é na extrajudicial que o MP detém o poder de influenciar e mudar a direção das políticas públicas sem controle externo. Além disso, a atuação extrajudicial não detém mecanismos de *accountability*, não há controle externo sobre esse tipo de atuação e pouco se sabe sobre ela. Em outras palavras, boa parte da atuação do MPSP na saúde se dá pelo uso de um instrumento do qual a instituição detém o monopólio (inquérito civil), sobre o qual quase não se tem informações públicas e ainda não existe nenhum tipo de controle externo.

Seus membros defendem que é a partir da atuação extrajudicial que promotores detêm a capacidade de lidar com os conflitos internamente e em diálogo direto com os envolvidos de forma mais eficiente. Esse aspecto foi ressaltado pelas entrevistas realizadas e já havia sido apontado por outros estudos (CNJ, 2019). Essa é também uma preferência da instituição e do

CNMP, ou seja, não é apenas uma escolha individual do promotor, como a literatura acerca do tema sugere. Apesar da discricionariedade formal dos membros do MPSP, a análise tanto dos documentos quanto das entrevistas aponta para um padrão de atuação entre os promotores, padrão esse que pode ser observado pelos temas que são judicializados e tratados de forma extrajudicial (oferta de bens e serviços, medicamentos e tratamento médico e questões de direito administrativo) e pelas preferências de atuação, isto é, atuação extrajudicial por meio de ICs. Ressaltamos que essa informação se limita à realidade observada na pesquisa, apesar de ser um importante achado para o conhecimento sobre o tema.

No que diz respeito aos ICs e a outros procedimentos analisados, apesar de se tratar de temas coletivos, não são realizados questionamentos sobre falhas e omissões no desenho de políticas públicas ou sobre a expansão do direito, mas sim sobre o acesso a bens e serviços de saúde, direito do consumidor e casos de improbidade administrativa. Esse dado aponta uma agenda de pesquisa: a investigação dos procedimentos enquadrados no assunto improbidade administrativa, com análise não só das ações judiciais nesse tema, mas também dos ICs, já que boa parte dos dados apresentados indica atuação dos promotores nesse sentido.

Contudo, parte importante da atuação extrajudicial não pôde ser investigada neste trabalho, como o uso dos procedimentos administrativos de acompanhamento, criado para o controle e acompanhamento de políticas públicas. Como foi verificado nos dados do CNMP, esses procedimentos são amplamente adotados pelo MPSP, mas há poucas informações disponíveis sobre eles. Além disso, apesar de serem utilizados praticamente com os mesmos objetivos do IC, estão sujeitos a um controle interno ainda menor.

Ademais, mesmo que a atuação extrajudicial seja muitas vezes descrita como espaço de diálogo entre MP e outras instituições, ou até mesmo como uma forma de lidar com as políticas públicas que seja mais coerente com a realidade, é melhor considerar essa afirmação com parcimônia.

Todavia, é necessário investigar a interação política entre o MP e outras instituições, públicas e privadas, com os três Poderes ou com entidades do terceiro setor, para compreender empiricamente de que forma essas relações são estabelecidas e oferecer um quadro mais completo da atuação extrajudicial.

Foi possível notar, inclusive, que os municípios são o principal objeto de questionamento no que se refere tanto aos procedimentos extrajudiciais quanto às ACPs. Além disso, é importante investigar as relações estabelecidas entre a administração municipal e o MP.

Um dado importante é a preferência de promotores de que demandas de oferta de serviços de saúde sejam implementadas pelos municípios, sem considerar, necessariamente, as competências federativas. Essa preferência surge da leitura de que os municípios seriam mais ágeis na resposta à demanda. Além disso, sobre as ACPs, a inclusão de mais de um ente federativo, de acordo com promotores entrevistados, é também estratégica do ponto de vista jurídico e do político: do jurídico, porque depende do juiz que irá decidir sobre o caso; do político, porque sinaliza para as expectativas que os integrantes têm em relação à instituição que

irá exercer controle da ação (Judiciário) e à instituição que o próprio MP irá controlar (União, estados e municípios).

Além do mais, o MPSP atua em parcerias formais e informais em busca de (i) subsídios para compreensão de como funcionam as políticas públicas; (ii) instrumentos para implementar soluções de problemas em conjunto, como no caso do ACESSA SUS; e (iii) apoio técnico da administração pública para qualificar sua atuação, quando corpo técnico da administração pública ou de outras instituições realiza análises a pedido de promotores, por exemplo. Essas parcerias são de extrema importância, principalmente em um contexto em que a instituição tem pouca capacidade de oferecer suporte técnico para promotores de todo o estado, e é também uma forma de o MP participar da implementação e transformação de políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os procedimentos extrajudiciais são amplamente utilizados pelo MPSP nas questões que envolvem a saúde, o que levanta sérias questões sobre discricionariedade e falta de *accountability* nessa atuação. Além disso, ressaltamos a importância de se olhar para as diferentes formas de atuação das instituições do sistema de justiça, principalmente na atuação extrajudicial, que pode gerar inúmeros efeitos para as políticas públicas.

Mesmo que esta pesquisa não tenha considerado em suas análises toda a pluralidade da atuação extrajudicial do MPSP, ou mesmo os seus efeitos, é possível afirmar que a atuação extrajudicial é ampla na área de saúde, mas ainda se faz necessário investigar a interação entre o MP e outras instituições governamentais para compreender empiricamente de que forma essas relações são estabelecidas, bem como os resultados produzidos por elas. Além disso, uma importante característica da atuação do MP é a preferência de promotores em demandar que municípios ofertem serviços de saúde, sem considerar, necessariamente, as divisões das competências federativas, fato relevante para o arranjo federativo e para a divisão de competências federativas no SUS. Por fim, a atuação extrajudicial é muito ampla e não está restrita aos TACs. Ainda, a quantidade de ICs e o grande número de arquivamentos chamam atenção.

No caso da atuação judicial, o uso da ACP para a defesa de direitos individuais, característica já encontrada em pesquisa conduzida pelo CNJ (2018), demonstra um desvio no uso de um instrumento que fora pensado para a defesa de direitos coletivos e agora é utilizado na tutela de direitos individuais. Sobre esse assunto, ainda falta compreender por que isso ocorre, mas, para isso, deve-se olhar para as duas principais instituições envolvidas: MP e Judiciário, assim como para os principais atores desse processo: promotores e juízes.

Ficou claro que, no que se refere à judicialização da saúde, o MPSP atua de forma a manter o padrão já conhecido sobre esse fenômeno, que é o foco na judicialização por medicamentos, insumos e tratamento médico-hospitalar, bem como na atuação individual ao em vez da

coletiva. Por outro lado, esse dado explica apenas uma parte da atuação dos membros dessa instituição na política pública de saúde, como os demais dados aqui apresentados demonstraram.

AGRADECIMENTOS

As autoras agradecem à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo apoio financeiro à pesquisa.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público, política e política pública. In: OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019. p. 95-122.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário, entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia (org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Konrad/Adenauer-Stiftung, 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s.l.], v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999.

ARANTES, Rogério Bastos; MOREIRA, Thiago. Democracia, instituciones de control y justicia bajo la óptica del pluralismo estatal. *Opinião Pública*, Campinas, v. 25, n. 1, p. 97-135, 2019.

ARANTES, Rogério Bastos *et al.* Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silva (orgs.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para o Estado democrático no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. v. 26, p. 109-147.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010.

ASENSI, Felipe Dutra *et al.* O judicial e o extrajudicial: Ministério Público e direito à saúde no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 60, p. 179-205, abr./jun. 2015.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, 2017.

BIEHL, João *et al.* Judicialization 2.0: Understanding Right-to-Health Litigation in Real Time. *Global Public Health*, [s.l.], p. 1-10, 2018.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 13-38, mar./jul. 2009.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da advocacia pública à solução extrajudicial de conflitos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 225-251, abr./jun. 2016.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques *et al.* Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, [s.l.], v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 399-421, jul./dez. 2010.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais*, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais*, 2018.

COSLOVSKY, Salo. Relational Regulation in the Brazilian Ministério Público: The Organizational Basis of Regulatory Responsiveness. *Regulation and Governance*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 70-89, 2011.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. A judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Tempus – Actas de Saúde Coletiva*, [s.l.], v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, [s.l.], v. 19, n. 2, p. 591-598, 2014.

ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 57-72, mar. 2013.

KERCHE, Fábio. Independência, Poder Judiciário e Ministério Público. *Cadernos CRH*, Salvador, v. 31, n. 84, p. 567-580, 2018.

KERCHE, Fábio. *Virtude e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2009.

KERCHE, Fábio. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 259-279, 2007.

LEMGRUBER, Julita *et al.* *Ministério Público: guardião da democracia brasileira*. Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva*, [s.l.], v. 18, n. 4, p. 1089-1098, 2013.

MESSEDER, Ana Márcia *et al.* Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr. 2005.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, [s.l.], n. 44, p. 27-54, 1998.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel de; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Ministério Público e políticas de saúde: implicações de sua atuação resolutiva e demandista. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 142-161, nov. 2014.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019.

OLIVEIRA Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [s.l.], v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; NORONHA, Lincoln. Judiciary-Executive Relations in Policy Making: The Case of Drug Distribution in the State of São Paulo. *Brazilian Political Science Review*, [s.l.], v. 5, n. 2, p. 10-38, 2011.

PEPE, Vera Lúcia Edais *et al.* Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, mar. 2010.

SADEK, Maria Tereza. A construção de um novo Ministério Público resolutivo. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 12, p. 130-139, jan./jun. 2009.

SAMPAIO, Mariana; VIEGAS, Rafael Rodrigues. Ministério Público: de fiscal a elaborador de políticas públicas. In: 43º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 2019, Caxambu. *Anais do 43º Encontro Anual da ANPOCS*. Caxambu-MG, 2019.

SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. *A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública*. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

SCHEFFER, Mário. Judicialização e incorporação de tecnologias: o caso dos medicamentos para tratamento da Aids no sistema único de saúde. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo *et al.* (orgs.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 129-138.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s.l.], v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001.

SOARES, Jussara Calmon Reis de Souza; DEPRÁ, Aline Scaramussa. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 311-329, 2012.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 253, p. 79-115, 2010.

VIEGAS, Rafael Rodrigues. Governabilidade e lógica de designações no Ministério Público Federal: os “procuradores políticos profissionais”. *Revista Brasileira de Ciência Política*, [s.l.], n. 33, p. 1-51, 2020.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paulo. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, [s.l.], v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

WANG, Daniel Wei *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1026, set./out. 2014.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RODRIGUES, Rayane Vieira; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Ministério Público, judicialização e atuação extrajudicial em saúde. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2231. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202231>

Rayane Vieira Rodrigues

MESTRE EM POLÍTICAS PÚBLICAS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC. DOUTORANDA EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNO PELA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (EAESP).

rayane.rodrigues@fgv.edu.br

Vanessa Elias de Oliveira

DOUTORA EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). PROFESSORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC, SÃO BERNARDO DO CAMPO, SÃO PAULO.

vanessa.oliveira@ufabc.edu.br

Recebido: 26.02.2021

Aprovado: 12.05.2022

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202232>

1 Universidade Potiguar, Natal, Rio Grande do Norte, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-0662-1388>

2 Sheffield Hallam University, Departamento de Computação, Sheffield, South Yorkshire, Reino Unido
<https://orcid.org/0000-0001-9608-439X>

3 Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Rio Grande do Norte, Brasil
<http://orcid.org/0000-0002-4477-6076>

4 Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Rio Grande do Norte, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-6696-6065>



Proteção de dados pessoais e direito à privacidade no contexto da pandemia de covid-19: uma análise das aplicações de *contact tracing* à luz da proporcionalidade

PROTECTION OF PERSONAL DATA AND RIGHT TO PRIVACY IN THE CONTEXT OF PANDEMICS: AN ANALYSIS OF CONTACT TRACING APPLICATIONS CONSIDERING THE PROPORTIONALITY

Ana Marília Dutra Ferreira da Silva¹, Carlos Eduardo da Silva², Mariana de Siqueira³ e Kayo Victor Santos Marques⁴

Resumo

A alta capacidade de disseminação do vírus SARS-CoV-2 fez com que vários países passassem a adotar providências excepcionais. Para assegurar a eficiência na fiscalização do cumprimento dessas determinações, os países começaram a valer-se da tecnologia da informação, entre elas o desenvolvimento de aplicativos de *contact tracing*. O uso dessa tecnologia enseja uma intervenção estatal no direito à privacidade, pois implica o tratamento de dados pessoais, de modo que se questiona a sua constitucionalidade no contexto do ordenamento jurídico brasileiro a partir da análise da sua proporcionalidade. Este trabalho, portanto, objetiva, com base no estado da arte apresentado, identificar os limites legais e constitucionais da utilização dos aplicativos de *contact tracing* pelo Estado brasileiro em um contexto de pandemia à luz do direito à privacidade, em face do conteúdo da LGPD e a partir da aplicação do critério da proporcionalidade. Nesse cenário, questiona-se: diante da colisão entre a proteção aos dados pessoais, o direito à privacidade e a tutela da saúde pública, é proporcional que o Estado faça uso de aplicações de *contact tracing*? A pesquisa fez uso do método dedutivo e pautou-se em uma análise exploratória e interdisciplinar, recorrendo tanto à dogmática jurídico-constitucional quanto ao conhecimento técnico da tecnologia da informação. É possível concluir que as aplicações de *contact tracing* devem ser construídas de modo a seguir o protocolo da descentralização, utilizando uma abordagem baseada em proximidade e técnicas seguras de transmissão de dados e encriptação de informações para facilitar a anonimização dos dados.

Palavras-chave

Aplicativos de rastreamento de contatos; pandemia SARS-CoV-2/covid-19; direito à privacidade; critério da proporcionalidade; proteção de dados pessoais.

Abstract

Several countries are taking exceptional measures to control the high spreading capacity of SARS-CoV-2 virus. In order to ensure efficiency in monitoring compliance with these determinations, countries began to use information technology, including the development of contact tracing applications. However, the use of this technology entails State intervention in the right to privacy, as it implies the processing of personal data, so that its constitutionality is questioned in the context of the Brazilian legal system. In this context, this work aims to identify the legal and constitutional limits in the use of contact tracing applications in a pandemic context by the Brazilian State, taking into consideration the right to privacy and the principle of proportionality. This research applied the deductive method

and was based on an exploratory and interdisciplinary analysis, making use of both legal-constitutional dogmatics and technical knowledge of information technology. Thus, it is possible to conclude that contact tracing applications must be built following a decentralized architecture, using a proximity-based approach and secure data transmission and information encryption techniques to facilitate data anonymization.

Keywords

Contact-tracing applications; SARS-CoV-2/COVID-19 pandemic; privacy rights; principle of proportionality; protection of personal data.

INTRODUÇÃO

A covid-19 é causada pelo vírus SARS-CoV-2, que tem uma alta velocidade de disseminação, de modo que o controle da transmissão desse vírus em humanos se tornou uma questão crucial para vários governos ao redor do mundo. Inúmeras estratégias foram pensadas para mitigar o índice de contaminação, a exemplo da quarentena, do isolamento e distanciamento social, do uso obrigatório de máscaras, da realização de testagem em massa da população, do mapeamento do fluxo de trânsito dos indivíduos e do *contact tracing*, processo de identificação e monitoramento de pessoas expostas ao vírus.

A partir das aplicações de *contact tracing*, é possível identificar as pessoas contaminadas e expostas ao vírus, bem como sua rede de contatos, a fim de realizar as devidas notificações, os respectivos testes e as medidas de isolamento social.

A utilização da tecnologia da informação pelo Estado, como meio de fiscalizar o cumprimento das medidas de isolamento e distanciamento social, desperta um importante debate em torno da tutela do direito à privacidade. Isso porque, para realizar esse controle, governo e empresas teriam acesso aos dados pessoais dos indivíduos. Nesse cenário, investiga-se se a adoção de medidas de monitoramento, através dos aplicativos de *contact tracing*, está em consonância com o princípio da proporcionalidade presente no sistema constitucional brasileiro e com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

O presente trabalho objetiva, de maneira geral, compreender os limites da intervenção estatal na garantia fundamental da privacidade no contexto do tratamento de dados pessoais para combater pandemias, a exemplo da causada pela covid-19, a partir da aplicação do critério da proporcionalidade, conforme concebido por Schlink e Pieroth (2012), seguidos por Martins (2012), para quem a proporcionalidade prescinde da análise da proporcionalidade em sentido restrito por ser esta marcada por um viés mais político do que jurídico. Para tanto, a primeira seção se destinará à análise da área de proteção do direito à privacidade com base na doutrina e na legislação. Na segunda seção, será feito um exame da evolução da legislação

concernente à proteção de dados pessoais no Brasil no período posterior à Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Por fim, na terceira seção, verificar-se-á se a utilização de aplicativos de *contact tracing* como forma de combater o avanço de pandemias atende ao critério da proporcionalidade. Assim, discutir-se-ão se as formas de tratamento de dados que decorrem dessa tecnologia sobrevivem à análise: (i) da legitimidade/legalidade do propósito e do meio; (ii) da adequação do meio; e (iii) da necessidade do meio utilizado.

A pesquisa pautou-se em uma análise exploratória com a aplicação do método dedutivo. Fez-se uso da doutrina jurídica brasileira, da legislação atinente ao objeto do estudo, bem como de artigos internacionais, os quais ajudaram a dar conta do estado da arte das técnicas de monitoramento de dados pessoais ao redor do mundo.

1. O DIREITO À PRIVACIDADE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O art. 5º, X, da CF/88 assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e prevê o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Trata-se de uma garantia inédita, já que as Cartas Constitucionais anteriores restaram omissas quanto a esse direito fundamental.

Da Constituição de 1824 à Constituição de 1967, as garantias que mais se aproximavam do direito à privacidade eram a inviolabilidade do domicílio e da correspondência,¹ as quais também são previstas pela Constituição atualmente vigente. Trata-se, portanto, de um avanço importante, apesar de tardio, já que a Declaração Universal de Direitos Humanos prevê, desde 1948, em seu art. 12, a proteção à vida privada, à honra e à reputação como um direito humano (UNITED..., *s.d.*).

O direito à privacidade não se confunde com a garantia à honra e à imagem. Ambos são direitos de personalidade, no entanto possuem objetos de tutela diferentes. A garantia da inviolabilidade da honra e da imagem está ligada à proteção da reputação, do nome.

Segundo o entendimento proferido pela ministra Cármen Lúcia, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815/DF, o direito à honra é aquele que se projeta a partir da sua formação moral e dos valores que cada um carrega, fazendo a pessoa reconhecida, enquanto o direito à imagem é aquele construído a partir da escolha do que se quer ser.

O direito à privacidade tutela, de modo geral, o controle das informações pessoais advindas da esfera íntima e privada dos indivíduos. É o que a ministra classifica como “o que não

...

1 Destaque-se que as garantias da inviolabilidade do domicílio e da correspondência foram suspensas pelo Decreto n. 10.358/1942.

se pretende viver senão no espaço mais recolhido daqueles a quem recai a escolha” (BRASIL, 2015, p. 7).

O art. 21 do Código Civil robustece essa garantia constitucional ao reiterar que a vida privada é um direito inviolável e ressaltar que o juiz, a requerimento, poderá determinar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato que viole esse direito.

Tradicionalmente, entende-se a privacidade como o “direito de estar só” ou de reservar a si aquilo que considera que deve ser tratado exclusivamente na esfera privada. Essa noção de não interferência indevida foi bastante expandida a partir de um artigo de Warren e Brandeis publicado na *Harvard Law Review*, em 1890, sob o título “The Right of Privacy”.² Segundo os autores, o direito à privacidade refere-se a uma garantia “contra o mundo” e envolve a proteção à propriedade intelectual, a escritos pessoais e à aparência pessoal, bem como a declarações, atos, relações domésticas ou pessoais, etc. (WARREN e BRANDEIS, 1890, p. 213).

Os autores também pressupunham que os indivíduos teriam o domínio de seus dados particulares, e controlariam sua divulgação. De acordo com eles, o direito (“*common law*”) assegura a cada indivíduo o direito de determinar qual a medida dos seus pensamentos, sentimentos e emoções que pode ser comunicada aos outros (WARREN e BRANDEIS, 1890, p. 198).

Há que se dizer que a preocupação com a privacidade aumenta junto com a evolução tecnológica. Já naquela época, Warren e Brandeis (1890, p. 195) faziam referência ao modo como a tecnologia começava a interferir no cotidiano das pessoas. Os autores afirmavam que recentes invenções e modelo de negócios chamavam atenção para o próximo passo que deveria ser dado a fim de proteger os indivíduos e apontavam como exemplos das mudanças ocorridas o uso cada vez mais comum de fotos instantâneas e a atuação da mídia por meio das empresas de comunicação.

Ainda sobre a era digital e suas evoluções, Palfrey e Gasser (2011, p. 12-13) explicam que no início da década de 1970 o mundo começou a mudar em uma intensa velocidade. O primeiro *bulletin board system* (conhecido por BBS) permitiu às pessoas – através de um computador primitivo e acesso a linhas telefônicas – trocar documentos, ler notícias e enviar mensagens. Os grupos de *Usenet*, organizados em torno de tópicos de interesse para as comunidades de usuários, tornaram-se comuns no início da década de 1980 e os *e-mails* também começaram a entrar no uso popular (PALFREY e GASSER, 2011, p. 12-13).

...

2 Apesar de a noção de privacidade ter sido impulsionada com a publicação desse artigo, não há que se olvidar que esse direito é fruto de uma construção histórica, decorrente de centenas de anos de discussão sobre o público e o privado. Como bem aduz De Lorenzi Cancelier (2017, p. 217), antes mesmo da publicação do referido artigo, Thomas McIntyre Cooley, presidente da Suprema Corte de Michigan, já havia cunhado a expressão “the right to be let alone”, o direito de ser deixado só.

A *World Wide Web* (mais conhecida como internet) fez seu ingresso em 1991, com *browsers* fáceis de usar e amplamente acessíveis poucos anos depois. Os mecanismos de busca como o Google, portais e *sites* de comércio virtual (Amazon e Mercado Livre) chegaram ao cenário no final da década de 1990, e, na virada do milênio, as primeiras redes sociais e os *blogs* popularizaram-se. A era digital transformou rapidamente o modo como as pessoas vivem e se relacionam umas com as outras e com o mundo que as cerca.

Assim, a evolução da capacidade técnica de coletar, processar e utilizar dados, a qual permitiu uma maior circulação de informações, aumentou a preocupação com a garantia da privacidade e promoveu uma ampliação do seu âmbito de tutela (DE LORENZI CANCELIER, 2017, p. 219).

Ferraz Júnior (1993, p. 441) fundamenta o direito à privacidade no princípio da exclusividade, o qual pretende assegurar a identidade dos indivíduos. Segundo o autor, esse princípio comporta três atributos: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência do sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)”.

Por sua vez, Silva (2005, p. 206) relaciona a privacidade ao direito de ser deixado em paz, bem como à esfera de vida doméstica, familiar, íntima cujas informações decorrentes estão sob controle do indivíduo, e cabe a ele decidir sobre sua comunicação a terceiros.

Tradicionalmente, pois, a garantia da privacidade corresponde ao direito que o indivíduo tem: (i) de não sofrer interferências indevidas na sua esfera privada, ou seja, o direito de não ser incomodado ou de ser deixado só; e (ii) de poder controlar a divulgação das informações de caráter pessoal. Esse controle é comumente denominado autodeterminação informativa.

No julgamento da ADI 6.387,³ proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e que contestava a constitucionalidade da Medida Provisória n. 954/2020, a Suprema Corte brasileira consagrou a autodeterminação informativa e o direito ao sigilo dos dados como pressupostos do respeito à privacidade, e reconheceu que esta não é uma garantia absoluta, mas que só pode ser afastada a partir de fundamentos sólidos, ou seja, “diante de justificativa consistente e legítima” (BRASIL, 2020, p. 9).

O Supremo Tribunal Federal não negou, portanto, que o direito à privacidade possa ser sopesado com outras garantias constitucionais de mesmo nível hierárquico. O tribunal indicou, no entanto, que o afastamento dessa garantia deve ser feito sobre fundamentos sólidos.

A noção de privacidade tem sido ampliada, aproximando-se de outras garantias individuais, como o direito à igualdade e à não discriminação, à liberdade e ao acesso à informação

...

3 Outras ADIs, no mesmo sentido, foram propostas pelo PSDB, PSB, PSOL e PCdoB, as quais foram reunidas à ADI 6.387/DF para julgamento.

(FRAZÃO, 2019a, p. 50). Nesse sentido, Mulholland (2018, p. 171) afirma que “o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial” consiste em uma das três concepções sobre o direito à privacidade.

Essa expansão do conceito decorre dos avanços tecnológicos e, por conseguinte, da estruturação de uma sociedade digital, de modo que o raio de influência do direito à privacidade se estende a zonas além do seu núcleo original – a intimidade e o direito de ser deixado só. Isso decorre do fato de as esferas pública e privada do indivíduo estarem conectadas em um mundo virtual. Nesse espaço virtual, inclusive, há uma intensificação e uma facilitação do acesso aos dados pessoais dos sujeitos, tendo em vista que atualmente a proteção dos dados pessoais passa a ocupar papel de destaque como direito fundamental do cidadão e protagoniza discussões em escala global.

2. A SISTEMÁTICA DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E O DIREITO À PRIVACIDADE

Na sociedade digital, a proteção do direito à privacidade é viabilizada de modo especial pela garantia do sigilo de dados inserida no art. 5º, XII, da CF/88, segundo o qual “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988).

Como grande parte das interações sociais e econômicas ocorrem em ambiente virtual, a internet tornou-se o meio onde se concentra o intercâmbio de informações pessoais. Para não ser excluído desse âmbito da vida social, o usuário da internet deve fornecer invariavelmente informações pessoais. Além de ser necessário repassar uma série de dados para poder integrar uma rede social ou realizar uma transação comercial, por exemplo, cada movimento *on-line* deixa rastros e produz informações que podem ser utilizadas por empresas ou governos para os mais diversos fins. A partir de tais informações inseridas em banco de dados, ocorre comumente a criação de perfis de personalidade, a qual permite a classificação dos indivíduos em categorias de acordo com suas preferências, hábitos, características e convicções (CUEVA, 2017, p. 60).

Por isso, não é incomum ouvir dizer que os dados pessoais são a maior riqueza da sociedade do século XXI, o principal insumo de uma *data-driven economy*, economia movida a dados (FRAZÃO, 2019b, p. 333). Após o processamento desses dados, extraem-se informações que podem gerar valor para uma empresa ou grupo político. O constituinte derivado brasileiro, com olhar muito atento para esse contexto, inseriu o inciso LXXIX no art. 5º da CF/88, segundo o qual “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 1988). A partir de então, a proteção de dados pessoais foi elevada expressamente à categoria de direito fundamental individual e, por consequência, ao patamar de cláusula pétrea constitucional.

A capacidade de controlar o acesso aos dados pessoais surge como uma questão crucial para a defesa da privacidade e das liberdades individuais. Quanto mais difundidas são as informações pessoais de um indivíduo, menos protegida está sua privacidade (DONEDA, 2011, p. 94). Diante do fato de que a participação e a interação no meio digital não são mais uma opção, tornou-se urgente o estabelecimento de um marco regulatório para a tutela desses dados pessoais.

Em 2018, seguindo a tendência internacional de publicação de leis específicas sobre o tema da proteção de dados pessoais e mediante inspiração colhida especialmente na normativa europeia (GDPR), foi promulgada a LGPD, Lei n. 13.709/2018, a qual promoveu um importante avanço na tutela dos dados pessoais no Brasil, apesar de não ser a primeira norma infra-constitucional a tratar da questão. O Código de Defesa do Consumidor, desde sua criação na década de 1990, disciplina os bancos de dados e cadastros dos consumidores e institui o direito de acesso e à correção da informação. Em 2011, a Lei n. 12.414 criou o cadastro positivo, estabelecendo alguns direitos e garantias ao consumidor cadastrado, enquanto a Lei de Acesso à informação, Lei n. 12.527/2011, regulamentou o direito de acesso a dados e informações exercido em face da administração pública. Note-se que esta última se preocupou em garantir a transparência do poder público e não propriamente em tutelar a privacidade do indivíduo, de modo que a tutela dos dados pessoais continuou carecendo de regulamentação específica e atenta ao ambiente virtual.

A Lei n. 12.737/2012 inseriu novos tipos penais no Código Penal (arts. 154-A e 154-B) e tipificou penalmente a conduta de violar os dispositivos pessoais alheios com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Aqui, o legislador alça à esfera penal a proteção das informações pessoais, tamanha sua importância.

O Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014, também tratou da privacidade dos usuários da internet, bem como de questões relativas a acesso, armazenamento e tratamento dos seus dados, e reiterou a ordem constitucional de sigilo das comunicações e inviolabilidade da vida privada, apesar de permitir o fornecimento de dados pessoais a terceiros, por meio do consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (art. 7º, VII). Ressalta-se, ainda, a previsão constitucional do *habeas data* e sua regulamentação pela Lei n. 9.507/1997.

É imprescindível mencionar que o fato de existirem normativas anteriores à LGPD dotadas de potencial de tutela dos dados pessoais não é sinônimo da impertinência do advento dessa nova lei. A expansão da internet, a digitalização da vida e o capitalismo de vigilância são pontos que tornam clara a demanda global e, por consequência lógica, a necessidade nacional de produção de uma normativa adequada à contemporaneidade.

A LGPD, desse modo, atenta à vida digital, inaugura a apresentação legal de conceitos, princípios e garantias na sistemática da proteção de dados, disciplina as formas de tratamento dos dados pessoais, discorre sobre a responsabilização de quem viola o seu conteúdo

normativo e cria regras de segurança e boas práticas que devem ser observadas pelos agentes de tratamento de dados. Assim, notável a sua relevância no contexto de uma sociedade marcada pela cotidiana vida virtual.

Por ser a tutela dos dados pessoais na sociedade digital específica e desafiadora, foi criado um órgão destinado à fiscalização do respeito e cumprimento do texto da LGPD no plano administrativo: a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que foi criada com a natureza jurídica de órgão federal por meio da Medida Provisória n. 869/2018, convertida na Lei n. 13.853/2019. Esse órgão também é responsável pela promoção de políticas públicas que viabilizem a construção de uma cultura de proteção de dados no Brasil e pela elaboração de normas regulamentares concernentes à tutela dos dados pessoais e privacidade. É possível, diante da complexidade de determinados casos concretos, que outros órgãos e entes da Administração atuem junto à ANPD no tema da proteção de dados pessoais.

Não se pretende aqui fazer um estudo minucioso da LGPD, mas apontar alguns conceitos e princípios que serão importantes para a análise do objeto deste artigo.⁴ O art. 5º da lei em comento diferencia dado pessoal comum do dado pessoal sensível. O primeiro trata tão somente da “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018), enquanto o segundo diz respeito ao “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, 2018).

Dados como nome, sobrenome, documentos pessoais, data de nascimento, endereço, telefone, *e-mail*, dados de localização, endereço de IP são exemplos de dados pessoais. De outro lado, dados sobre crença religiosa, escolha ideológica ou partidária, orientação sexual, origem étnica, cor da pele, doenças preexistentes são dados pessoais sensíveis.⁵ Os dados de saúde, portanto, tendem a receber o rótulo de dados sensíveis, fato que acaba direcionando a eles uma proteção ainda mais delicada.

É possível que informações sobre dados sensíveis de um indivíduo sejam obtidas a partir do cruzamento de dados pessoais. A título de ilustração, o monitoramento de dados de

...

4 Segundo o art. 3º da LGPD, a lei “aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: I – a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II – a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou III – os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional” (BRASIL, 2018).

5 Ressalte-se que a Lei n. 12.414/2011 já trazia o conceito de informações sensíveis. Segundo esta, informações sensíveis são “aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas” (BRASIL, 2011).

localização (GPS) ou de transações na internet podem indicar a convicção religiosa ou ideológica de alguém e, até mesmo, sua origem étnica ou preferência sexual.

Os dados anonimizados, por sua vez, são aqueles que não permitem a identificação do seu titular pela “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (art. 5º, III, da LGPD – BRASIL, 2018). Essas técnicas são cruciais para que não seja feita a relação entre dados e titulares no caso de dados pessoais serem compartilhados.

O art. 6º da LGPD⁶ prevê uma série de princípios que deverão ser observados na execução das atividades de tratamento de dados pessoais, entre eles o princípio da finalidade, da adequação e da necessidade. O primeiro exige a elaboração de objetivos legítimos, específicos, explícitos e previamente informados ao titular para que haja tratamento dos dados. O princípio da adequação determina que esse tratamento se coadune com as finalidades fixadas, enquanto a partir do princípio da necessidade se conclui que o tratamento deve limitar-se aos dados indispensáveis ao escopo preestabelecido. É possível aduzir, assim, que o tratamento deve restringir-se ao mínimo necessário para atingir as finalidades previamente especificadas e informadas ao titular, as quais devem ser legítimas e explícitas.

O princípio da transparência assegura ao titular dos dados “informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento” (BRASIL, 2018, art. 6º, VI), ao passo que o princípio da segurança determina a “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não

•••

- 6 “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas” (BRASIL, 2018).

autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão” (BRASIL, 2018, art. 6º, VII).

Ligado à ideia de segurança, o princípio da prevenção indica a necessidade de ações ou iniciativas que previnam os danos que possam ocorrer em razão do tratamento de dados pessoais, e o princípio da não discriminação veta a realização de tratamento de dados para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos.

Há que se mencionar, ainda, os princípios do livre acesso, da qualidade dos dados e da responsabilização e prestação de contas, os quais garantem aos titulares dos dados gratuidade e facilidade sobre a forma e a duração do acesso, assim como a integralidade dos dados pessoais, os quais devem ser exatos, claros, relevantes ao tratamento e atualizados, considerando sempre a necessidade e a finalidade do tratamento. Os agentes de tratamento são, por seu lado, responsáveis por esclarecer se medidas eficazes e suficientes foram adotadas para a estrita observância e cumprimento das normas de proteção de dados pessoais.

Um ponto muito importante constante do texto da LGPD e que merece ser destacado aqui por ter total conexão com o tema do enfrentamento da pandemia pelo Estado – por meio de políticas públicas de saúde coletiva – é o do consentimento e da diferença de disciplina legal que recebe em relação ao tratamento de dados pessoais feito pelo poder público e pelos particulares. Se, para o particular, a falta de consentimento para tratamento de dados pessoais é exceção, para o Estado não é bem o que ocorre.

Combinando o art. 7º, III, da LGPD com o seu Capítulo IV, é possível entender que o tratamento de dados pessoais realizado pelas pessoas jurídicas de direito público no âmbito da execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, prescinde de consentimento prévio como regra indispensável. Esse tipo de tratamento de dados pessoais pela administração pública deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público.

Para que esse tratamento de dados pelo Estado ocorra de modo compatível com a LGPD, ainda é preciso que exista o encarregado de dados no âmbito da Administração e que sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, a Administração realiza o tratamento de dados pessoais. O poder público deve, ainda, fornecer informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a realização do tratamento em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seu sítio eletrônico, sob pena de responsabilização.

3. LIMITES DA UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19

A pandemia do novo coronavírus trouxe uma série de desafios políticos, sociais, econômicos e jurídicos. A alta capacidade de disseminação do vírus fez com que medidas como isolamento

social, uso obrigatório de máscaras e monitoramento da população fossem adotadas por vários países a fim de evitar o colapso do sistema de saúde.

Tais medidas foram alvo de contestação, sobretudo aquelas relativas ao uso da tecnologia da informação, responsável pelo monitoramento do trânsito dos indivíduos, pois alguns juristas e políticos as enxergam como uma constrição indevida aos direitos e às garantias fundamentais, notadamente à privacidade.⁷

Uma das principais iniciativas tomadas consiste no desenvolvimento de aplicativos de *contact tracing*, destinados a mitigar a contaminação pelo mapeamento da cadeia de transmissão (KLEIMAN e MERKLE, 2020). A ideia é identificar as pessoas que foram expostas ao vírus e sua rede de contatos, e realizar as devidas notificações para a adoção de medidas cabíveis, como o isolamento social e a realização de testes. Diferentemente das técnicas de *contact tracing* tradicionais, o uso de aplicativos possibilita obter também informações sobre o posicionamento de indivíduos, indo além dos objetivos de *contact tracing* original ao permitir fiscalizar o cumprimento, por parte da população, das restrições impostas à locomoção (EAMES e KEELING, 2003).

Diversas abordagens para aplicativos de *contact tracing* podem ser encontradas ao redor do globo (AHMED *et al.*, 2020). Por exemplo, aplicativos desenvolvidos em Singapura (*TraceTogether*) e na França (*StopCovid*) não utilizam dados de geolocalização, empregando tecnologias como o *bluetooth* para a troca de pseudoidentificadores gerados aleatoriamente, que ficam armazenados no próprio dispositivo de cada usuário. A intenção é que o usuário do aplicativo seja notificado caso tenha cruzado com alguém diagnosticado com o coronavírus. Ademais, são aplicativos de uso facultativo, o que pode ser um problema, já que é necessária uma adesão de pelo menos 60% da população para que a iniciativa seja eficaz (MAXWELL, 2020, p. 155).

Na China, por sua vez, a instalação do aplicativo que usa dados de geolocalização tornou-se obrigatória durante a pandemia para quem quisesse circular pelas ruas e foi permitido o acesso aos dados dos usuários sem consentimento prévio, enviando-os em tempo real para autoridades locais (PAWLOTSKY, 2020, p. 2). A Coreia do Sul, um dos primeiros países a utilizar a tecnologia no combate à pandemia, não obrigou o *download* de aplicativos pela população, mas utilizou dados de geolocalização de empresas de telefonia móvel, câmeras de segurança e faturas de cartões de crédito para monitorar a população (DE ROSA, 2020).

...

7 Segundo Oliva (2020, p. 41), põe-se em risco a privacidade pessoal com o uso de aplicações desse jaez por diversos fatores, entre eles está a evidência de que a maioria dessas aplicações é controladas por companhias privadas de tecnologia que monetizam ao compartilhar os dados pessoais de seus usuários.

Alguns estados brasileiros, notadamente São Paulo e Rio de Janeiro, valeram-se de iniciativas bem menos invasivas à garantia da privacidade e utilizaram “informações de geolocalização agregadas e anônimas de diversos cidadãos” (ZAGANELLI e MAZIERO, 2020, p. 175), cujo objetivo era monitorar o volume de pessoas transitando em determinado local ou região para verificar a adesão ou não às regras de isolamento social. Assim, a partir de mapas de calor, seria possível identificar áreas de aglomerações.

A Medida Provisória n. 954/2020 pretendeu estabelecer um monitoramento da situação da pandemia no país a partir de uma solução que avançaria mais sobre a privacidade dos indivíduos. Isso porque a medida – cuja eficácia foi suspensa imediatamente por decisão da Suprema Corte (ADI 6.387) – determinava o envio, pelas empresas de telecomunicação prestadoras do serviço de telefonia fixa ou móvel, à Fundação IBGE, da relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

Quanto à utilização desses aplicativos, o processo de coleta e manipulação de dados pessoais pode se dar de diferentes maneiras: (i) o modelo de coleta e processamento dos dados pode ser centralizado ou descentralizado (AZAD *et al.*, 2020, p. 3-4); (ii) faz-se uso, em geral, de técnicas baseadas em proximidade, como o *bluetooth*, ou em geolocalização, como GPS, para a obtenção dos respectivos dados (AZAD *et al.*, 2020, p. 1; AHMED *et al.*, 2020, p. 134578); (iii) os dados podem ser anonimizados ou não, como é o caso das técnicas baseadas em geolocalização, cujos dados são considerados pseudonimizados, pois normalmente podem levar à identificação do indivíduo quando cruzados com outros dados.⁸

Questiona-se, assim, se essas formas de tratamento de dados pessoais são compatíveis com o sistema constitucional brasileiro, em especial a partir da lógica da proporcionalidade, e quais os limites legais para sua aplicação. Para responder a tal dúvida, aplica-se o critério da proporcionalidade, conforme concebido por Schlink e Pieroth (2012), seguido por Martins (2012), de modo que se deve analisar: (i) a legitimidade/legalidade do propósito e do meio; (ii) a adequação do meio utilizado; e (iii) a necessidade do meio utilizado.⁹

A partir desse marco teórico, dispensa-se a análise do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, como proposto por Alexy (2008). Isso porque se considera que a ponderação

...

8 Como bem explica Almeida *et al.* (2020, p. 2490), a anonimização é a aplicação de técnicas que inviabilizam a associação direta ou indireta dos dados ao indivíduo, enquanto a pseudonimização “geralmente remove os identificadores e os substitui por um código chave único”.

9 Aqui não será feita a análise da proporcionalidade em sentido estrito, pois, consoante afirma Martins (2012, p. 148), “o problema da utilização do ‘critério’ da proporcionalidade em sentido estrito vai além de sua dúvida objetividade ou potencial subjetividade. Ele tem o condão de ferir tanto o princípio da separação de funções (‘poderes’) estatais quanto o princípio democrático, pois ponderar em sentido estrito significa tomar decisões políticas e não jurídicas”.

feita a partir da aplicação desse princípio “carece de padrões racionais e vinculativos”, de modo que a referência a uma ordem de valores limita-se à identificação de um padrão, mas não à comprovação deste (SCHLINK e PIEROTH, 2012, p. 109). Trata-se, portanto, de uma análise subjetiva, pois não existiria uma “medida objetiva, cientificamente comprovada para a ponderação” (MARTINS, 2003, p. 36). Além disso, o critério da proporcionalidade em sentido estrito tem potencial para violar o princípio da separação dos poderes, pois implica a tomada de decisões políticas (MARTINS, 2003, p. 37).

Como visto anteriormente, o direito à privacidade não é um direito absoluto, ou seja, ele nem sempre vai prevalecer em face de outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados (Medida Cautelar na ADI 6.387/DF – BRASIL, 2020, p. 9). No caso concreto aqui exposto, a privacidade colide diretamente com o direito à saúde, previsto no art. 196 da CF/88, segundo o qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Evidente, portanto, o dever do poder público de adotar ou permitir e promover a adoção de medidas capazes de mitigar a velocidade de contaminação do SARS-CoV-2, entre elas o uso de dados pessoais, de modo que a finalidade da medida se mostra legítima.

Antes de tratar da legitimidade do meio, é necessário retomar os conceitos de dados pessoais e dados pessoais sensíveis e explicar o tema do consentimento como regra geral na LGPD. Os dados de localização, nome e idade, os dados de identificação, por exemplo, não são dados pessoais sensíveis, de modo que se exige, em regra, o consentimento inequívoco e claro do titular para o tratamento por particular (art. 7º, I, da LGPD). No caso de dados pessoais sensíveis sobre se a pessoa testou positivo ou não para o coronavírus, o tratamento, pelo particular, exigirá o consentimento específico e destacado para finalidades específicas (art. 11, I, da LGPD). Assim, no geral, o meio lícito, no que concerne ao tratamento de dados pessoais por particulares, é aquele que pressupõe o consentimento do indivíduo nos termos legais.

É bem verdade que a LGPD estabelece que o tratamento não carece de consentimento quando for utilizado para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro (art. 7º, VII, da LGPD). Aqui, não existe uma tutela direta da vida ou incolumidade física direta, de modo que permitir o uso de dados, pelos particulares, sem o consentimento seria uma interpretação deveras extensiva do texto legal.

Em relação ao Estado, convém destacar que o consentimento prévio ao tratamento de dados pessoais não é a regra, em especial quando for mantido o interesse público da pessoa jurídica de direito público que manipula os dados e quando o tratamento for realizado para fins de execução de políticas públicas, prestação de serviços públicos e cumprimento de normativa. Nesse caso, deve haver a indicação do encarregado de dados, bem como o respeito aos preceitos da finalidade, da necessidade, da transparência e da autodeterminação informativa.

Conforme afirma Azad *et al.* (2020, p. 3), a utilização de aplicações de *contact tracing* pode ser bem empregada para frear o avanço de uma pandemia. Ocorre que, levando em consideração a tecnologia desenvolvida nos últimos anos, esses aplicativos são aptos a invadir a privacidade de forma singular. Para evitar isso, deve-se criar um protocolo para o uso dessas aplicações que esteja comprometido com a proteção da privacidade e com o consentimento do usuário quando for necessário o compartilhamento de informações. No caso do Brasil, convém ressaltar que a LGPD estimula, como regra, o compartilhamento de dados pelo poder público entre pessoas jurídicas de direito público para fins de execução de políticas públicas.

Tratando-se de empresas privadas, é possível concluir que a utilização de aplicativos de *contact tracing* deve ser voluntária e pressupor o consentimento do usuário para o compartilhamento dos dados. Dessa feita, seria necessária a criação de sistemas confiáveis para que mais pessoas se sentissem à vontade em utilizá-los, o que aumentaria a eficiência desse mecanismo de monitoramento. No que tange ao uso de tais aplicativos pelo Estado brasileiro, a adesão à tecnologia pelo cidadão deveria ser voluntária, e prescindível seu consentimento, para fins de tratamento; devem ser respeitados os demais aspectos da LGPD (adequação, necessidade, transparência, etc.).

Após a análise da legitimidade do propósito e do meio, passa-se ao exame da adequação do meio utilizado. O meio será adequado quando “o estado de coisas conseguido pelo Estado por meio da intervenção e o estado de coisas existente quando o propósito puder ser considerado realizado constituírem uma conexão intermediada por hipóteses comprovadas sobre a realidade” (MARTINS, 2012, p. 143). A medida que limita o direito à privacidade deve ser apta a diminuir o nível de contaminação da covid-19, segundo análise da experiência empírica, não se exigindo nenhuma garantia de resultados.

Como demonstrado anteriormente, o tratamento de dados pode acontecer: (i) de forma centralizada ou descentralizada; (ii) valendo-se de informação sobre proximidade (como o *bluetooth*) ou geolocalização (como o GPS) para a obtenção dos respectivos dados; (iii) pela anonimização de dados ou não.

A adoção de qualquer dessas formas de tratamento é apta a alcançar o objetivo pretendido, o que já foi demonstrado pelo exame da aplicação dessas medidas em nível internacional, que consiste em iniciativa sugerida pela própria Organização Mundial de Saúde (WORLD HEALTHY ORGANIZATION, 2021). A diferença está no nível de eficiência da medida e de intervenção no direito fundamental à privacidade, o qual é avaliado a partir do exame de necessidade.

A análise sobre a necessidade do meio utilizado visa barrar avanços indevidos, desnecessários sobre o espaço de proteção do direito fundamental alvo da intervenção estatal. Entre os meios adequados, deve-se aferir qual o menos gravoso, ou seja, apenas o meio que onerar “a liberdade individual com menos intensidade será o necessário” (MARTINS, 2012, p. 146).

No modelo centralizado, cada usuário que utiliza o aplicativo de *contact tracing* se registra em um servidor centralizado, normalmente controlado por uma instituição pública ou privada, o qual mantém as informações de todos os usuários. Cada aparelho que contém o aplicativo emite identificadores randomizados para o servidor central, além de armazenar uma lista dos identificadores com os quais tenha tido contato. Quando uma pessoa testa positivo para alguma doença pandêmica, a exemplo do coronavírus, os identificadores das pessoas que tiveram contato anterior com o infectado são enviados ao sistema central, que identifica qual aparelho está associado a qual identificador, sendo assim capaz de notificar esses usuários para que adotem medidas preventivas (AZAD *et al.*, 2020, p. 4).

O modelo descentralizado não permite que uma entidade central tenha acesso a informações pessoais dos usuários. Contudo, algumas informações continuam sendo enviadas para o servidor central, que funciona apenas como um grande quadro de avisos, uma base de dados para consultas. É o que ocorre nos aplicativos baseados na abordagem desenvolvida em conjunto pela Apple e Google. Nesse modelo, cada dispositivo gera identificadores temporários, baseados em uma chave criptográfica, que são compartilhados com dispositivos que estejam próximos, através da tecnologia *bluetooth*. Cada dispositivo armazena de maneira criptografada a lista de identificadores com os quais teve contato. Quando um usuário é diagnosticado com covid-19, ele pode compartilhar a lista de seus identificadores passados com o servidor central, que, por sua vez, publica essa lista para todos os outros dispositivos. Cada dispositivo então verifica se algum dos identificadores publicados está em sua lista de contatos. Desse modo, não existe como o servidor reconstruir a rede de contatos de um usuário, uma vez que a verificação é realizada em cada dispositivo (AHMED *et al.*, 2020).

Assim, entre o modelo centralizado e o modelo descentralizado, infere-se que o segundo protege melhor o direito fundamental à privacidade, pois evita que as informações dos usuários estejam concentradas em uma base de dados única, de modo que a maior parte delas esteja fragmentada nos aparelhos celulares (POMPEU *et al.*, 2020, p. 11). Nesse sentido, tem-se desenvolvido na Europa o *Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing* (DP-3T) (VAUDENAY, 2020, p. 399).¹⁰

Quanto à tecnologia para obtenção dos dados, é necessário comparar o uso do *bluetooth* com o uso do GPS, principais técnicas utilizadas pelos aplicativos de *contact tracing*. Não se pretende proibir o uso de um e de outro, mas verificar qual a tecnologia mais ou menos suscetível de causar danos ao direito à privacidade.

...

¹⁰ Necessário dizer que, apesar de a grande maioria dos trabalhos científicos apontar que o modelo descentralizado protege melhor o direito à privacidade, alguns estudos mostram as ameaças que esse próprio modelo apresenta a essa garantia individual, pois tornaria os indivíduos mais suscetíveis e vulneráveis a ataques virtuais. Para mais detalhes, *vide* Vaudenay (2020). Há que se ressaltar, nesse sentido, que não há modelo imune a riscos, o que se pretende é adotar o sistema que os diminua de forma mais eficaz.

O uso de informações de geolocalização caracteriza-se como medida mais gravosa. Isso porque se vale de dados considerados pseudonimizados, já que as operadoras de telefonia são capazes de fazer a associação deles com a identificação do respectivo titular. Além disso, a centralização desses dados permite obter informações sobre todos os movimentos de um indivíduo e possibilita a realização de inferências e cruzamentos com outras fontes de dados. A centralização desse tipo de dado em uma base única acessada pelo governo ou por empresas configura um sério risco à privacidade do indivíduo.

Nesse contexto, urge pontuar que as gigantes da tecnologia, Google e Apple, baniram o uso do rastreamento da localização nos aplicativos de *contact tracing*, a fim de sanar o problema de compartilhamento de dados pessoais, e decidiram adotar a tecnologia *bluetooth*, em conjunto com uma abordagem descentralizada, como forma de atingir o objetivo de ajudar os governos mundiais no controle da pandemia (O'NEILL, 2020).

Pontua-se, ainda, que as aplicações de *contact tracing* que fazem uso do GPS não são confiáveis para apontar de modo preciso quando os indivíduos estão suficientemente próximos para transmitir uma doença contagiosa como a covid-19, visto que a acurácia de aproximadamente 1,8 metros ou 6 pés é muito baixa (OLIVA, 2020, p. 42).

O uso do *bluetooth*, por sua vez, suporta esse tipo de monitoramento baseado em proximidade de maneira mais eficiente, pois permite auferir a distância entre os dois aparelhos, sabendo assim se uma pessoa contaminada estaria ou não perto da outra (OLIVA, 2020, p. 42). Essa característica, combinada com uma abordagem descentralizada, mantém “a maior parte das informações fragmentada nos celulares e não em uma base de dados única” (POMPEU, 2020, p. 11), atendendo aos princípios da segurança e da prevenção, contidos na LGPD, já que favorece a anonimização dos dados.

De fato, uma abordagem baseada em proximidade se adequa melhor aos propósitos do *contact tracing*, pois o importante é saber se houve contato de uma pessoa com alguém diagnosticado com a doença e não propriamente qual a localização dos indivíduos.

A Google e a Apple juntaram esforços e passaram a oferecer uma biblioteca de código (API) aos governos, que utiliza uma abordagem descentralizada e baseada em proximidade com o uso do *bluetooth* como tecnologia, a fim de que eles desenvolvam aplicativos de *contact tracing*. Assim, permite-se que os celulares pessoais se comuniquem uns com os outros para que uma pessoa saiba se teve contato com determinado indivíduo diagnosticado com a doença (O'NEILL, 2020). No intuito de manter o sigilo dos dados pessoais, utilizam-se identificadores únicos que randomicamente mudam de tempos em tempos. As aplicações baseadas nesse mecanismo são denominadas *proximity tracking* ou, em tradução livre, *rastreadores de proximidade* (OLIVA, 2020, p. 42).

Para tal, impuseram as seguintes orientações: (i) apenas as autoridades de saúde do governo poderão criar os aplicativos; (ii) estes deverão requerer o consentimento do usuário para tratar os respectivos dados pessoais; (iii) um segundo consentimento do usuário deverá ser requerido para o compartilhamento da informação de que ele se encontra infectado; (iv) os

dados coletados deverão ser utilizados para ajudar o sistema de saúde e não poderão ser compartilhados para fins policiais nem de propagandas.

Essas orientações vão ao encontro de outras recomendações encontradas na literatura relacionadas a segurança da informação e desenvolvimento de *software*. Por exemplo, Becker, Li e Starobinski (2019, p. 62) apontam que é necessário assegurar a anonimização dos dados utilizando estratégias como randomização de identificadores, enquanto Azad *et al.* (2020, p. 8) salientam a importância na adoção de técnicas que garantam a encriptação dos dados nos sistemas de armazenamento e transmissão desses dados, independentemente da tecnologia a ser utilizada. É necessário, também, criar mecanismos que destruam esses dados uma vez que a pandemia acabe.

Tais práticas podem colaborar para uma melhor construção das aplicações, dar maior privacidade aos conteúdos dos usuários e minimizar de forma significativa as chances de os dados vazarem ou serem utilizados para outros fins que não sejam direcionados ao combate à pandemia.

Imaginar um sistema cem por cento seguro é utópico. No entanto, as observações feitas neste trabalho permitem aferir que algumas técnicas e modelos levam a uma melhor segurança e anonimização dos dados. Vale dizer que a anonimização é um meio necessário para resguardar a privacidade, pois não permite que os dados que serão utilizados estejam vinculados à identidade do titular, de modo que os objetivos do *contact tracing* sejam alcançados com a menor interferência sobre o espaço de proteção do direito fundamental em comento.

Pontue-se, ainda, a relevância da LGPD na proteção da privacidade dos indivíduos que venham a utilizar esse tipo de aplicativo. Além das questões ligadas ao consentimento e à anonimização, a LGPD apresenta regulamentação importante para tratar das permissões dos aplicativos e do compartilhamento dos dados dos usuários com terceiros, por exemplo.

Alguns aplicativos de *contact tracing* requisitam acesso a mensagens de texto, informações de chamadas telefônicas, números de telefones, câmera, microfone, mídias e arquivos dos aparelhos (AZAD *et al.*, 2020, p. 6-7). Obviamente, trata-se de requisições que ferem os princípios da finalidade, adequação e necessidade previstos no art. 6º da LGPD, mencionados anteriormente. No mesmo estudo, verificou-se que alguns desses aplicativos compartilhavam os dados dos usuários com terceiros não identificados, de modo que aqueles careciam de plena consciência de como os seus dados eram ou têm sido utilizados (AZAD *et al.*, 2020, p. 7), o que viola também os fundamentos da referida lei.

Toda essa discussão técnica pretendeu verificar se os aplicativos de *contact tracing* podem ser considerados meios necessários para o combate à pandemia pelos Estados e, dessa feita, verificar se tais ferramentas respeitam o princípio da proporcionalidade. Como visto, somente o meio que gravar a liberdade individual com menos intensidade e for apto a concretizar os objetivos almejados será o necessário. Para isso, faz-se um exame classificatório para identificar os meios necessários e os desnecessários.

Em suma, o que se pôde verificar é que, no estado da arte atual, para que as aplicações de *contact tracing* sejam consideradas meios necessários, elas devem ser construídas de modo a

seguir o protocolo da descentralização, utilizar uma abordagem baseada em proximidade e valer-se de técnicas seguras de transmissão de dados e encriptação de informações para facilitar a anonimização dos dados. Dessa maneira, elas pouparão ao máximo o direito à privacidade. Como um valor heurístico, a avaliação da necessidade pode variar conforme o surgimento de novos estudos que apontem para um sério risco à autodeterminação informativa, por exemplo.

CONCLUSÃO

Crises como a pandemia de covid-19 não repercutem apenas nas esferas política e econômica, mas também pressionam fortemente o sistema jurídico a dar respostas para as mais variadas demandas. Uma delas é o controle das medidas de isolamento ou distanciamento social a partir do tratamento de dados pessoais, inclusive de dados pessoais sensíveis. Ocorre que algumas formas de tratamento de dados esbarram em direitos fundamentais caros às sociedades democráticas, como a garantia à privacidade.

Está-se, assim, diante de um dilema jurídico que envolve, de um lado, a garantia de um direito individual e, de outro, o interesse público da coletividade, que deve guiar os governos na criação de políticas públicas eficientes para combater pandemias. A solução desse dilema deve ser encontrada a partir de uma análise interdisciplinar, jurídica e técnica, como foi feito no presente estudo.

No sistema jurídico brasileiro, a Constituição não estabeleceu nenhuma reserva legal ao direito à privacidade, o qual, a despeito disso, pode colidir com outras garantias de mesma hierarquia constitucional, como o direito à saúde. Apesar de sua importância inequívoca como um dos pilares das sociedades liberais e democráticas, a privacidade não é considerada um valor constitucional absoluto, ao mesmo tempo que não pode ser completamente ignorada sob a justificativa de promoção incondicional do interesse público.

Considerando que na pandemia de covid-19 diversos interesses públicos e privados entraram em constante rota de colisão, escolhendo o específico recorte do uso de aplicativos de *contact tracing* pelo Estado como mecanismo de enfrentamento da pandemia, o estudo investigou a compatibilidade de adoção de tais tecnologias com a proporcionalidade, de modo a verificar sua legitimidade, adequação e necessidade. Foram analisados, ainda, dispositivos da LGPD diretamente aplicáveis ao assunto.

Nesse sentido, a título de conclusões, verificou-se que, para que sejam proporcionais, as aplicações de *contact tracing* devem seguir o protocolo da descentralização, utilizar uma abordagem baseada em proximidade (como a tecnologia *bluetooth*) e valer-se de técnicas seguras de transmissão de dados e encriptação de informações. Além disso, devem ser explicitados os dados que eventualmente precisem ser compartilhados, além da necessária criação de um mecanismo de destruição daquilo que foi coletado durante o estado de pandemia. Tais soluções técnicas, segundo o estado da arte atual, contribuem para resguardar o princípio da privacidade nos termos constitucionais.

Ressalte-se que inexiste atualmente uma solução plenamente segura, de modo que riscos de vazamento de dados ou de violação da anonimização persistem. No entanto, a chance de isso acontecer diminui significativamente com a utilização das técnicas e dos modelos aqui apontados, uma vez que o custo e o esforço necessários para tal violação se tornam proibitivos.

No que se refere à LGPD, a normativa é importante instrumento para o tema, pois disciplina as formas de tratamento dos dados pessoais, estabelece regras de segurança e boas práticas, normas sobre responsabilização dos agentes de tratamento de dados e determina a criação da ANPD. Ademais, apresenta normas específicas sobre a utilização de dados pessoais pelo Estado, de modo a apontar para a regra da prescindibilidade do consentimento em caso de aplicação de *contact tracing* e da imprescindibilidade de serem respeitadas as diretrizes normativas da necessidade e adequação do tratamento, do cumprimento do dever de transparência, da nomeação do encarregado, do respeito ao interesse público e da facultatividade na adesão do cidadão ao aplicativo.

É certo que não se pretendeu esgotar o assunto, mas contribuir com tão fervoroso debate que se espraiou pelo país e que ocupará espaço nos tribunais por tempo considerável.

REFERÊNCIAS

ABELER, Johannes *et al.* COVID-19 Contact Tracing and Data Protection Can Go Together. *JMIR mHealth and uHealth*, [s.l.], v. 8, n. 4, p. e19359, 2020.

AHMED, Nadeem *et al.* A Survey of Covid-19 Contact Tracing Apps. *IEEE Access*, [s.l.], v. 8, p. 134577-134601, 2020.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALMEIDA, Bethania de Araujo *et al.* Preservação da privacidade no enfrentamento da covid-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, [s.l.], v. 25, p. 2487-2492, 2020.

AZAD, Muhammad Ajmal *et al.* A First Look at Privacy Analysis of Covid-19 Contact Tracing Mobile Applications. *IEEE Internet of Things Journal*, [s.l.], p. 1-12, ago. 2020.

BECKER, Johannes; LI, David; STAROBINSKI, David. Tracking Anonymized Bluetooth Devices. *Sciendo: Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, [s.l.], n. 3, p. 50-65, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334590931_Tracking_Anonymized_Bluetooth_Devices/

fulltext/5d3308db92851cd04675a469/Tracking-Anonymized-Bluetooth-Devices.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 Distrito Federal*. 7 maio 2020. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal*. 10 jun. 2015. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011*. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, p. 59-67, out./dez. 2017.

DE LORENZI CANCELIER, Mikhail Vieira. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 213-240, ago. 2017.

DE ROSA, Nicholas. Covid-19: Voice Comment Différents Pays se Servent d'Applications de Traçage. *Ici-radio Canada*, Montréal, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1698833/applications-de-tracage-suivi-contacts-coronavirus-geolocalisation-bluetooth-canada-quebec-dans-le-monde>. Acesso em: 23 jul. 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, dez. 2011.

EAMES, Ken; KEELING, Matt. Contact Tracing and Disease Control. *Proceedings of the Royal Society London B*, [s.l.], v. 270, p. 2565-2571, 2003. Disponível em: <http://doi.org/10.1098/rspb.2003.2554>. Acesso em: 20 jun. 2022.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords.). *A Lei Geral de Proteção de Dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019a. p. 47-61.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coords.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019b. p. 333-348.

KLEIMAN, Robert; MERKLE, Colin. Digital Contact Tracing for COVID-19. *Canadian Medical Association Journal*, [s.l.], v. 192, n. 24, p. E653-E656, June 2020. Disponível em: <https://www.cmaj.ca/content/192/24/E653>. Acesso em: 26 set. 2022.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 15-45, jul./dez. 2003.

MAXWELL, Winston. L’outil de traçage StopCovid: entre inefficacité et proportionnalité. *Légipresse*, [s.l.], p. 154-156, abr. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, dez. 2018.

OLIVA, Jennifer. *Surveillance, Privacy, and App Tracking*. Boston, jul. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3675833>. Acesso em: 22 jan. 2021.

O’NEILL, Patrick Howell. Google and Apple Ban Location Tracking in their Contact Tracing Apps. *MIT Technology Review*, [s.l.], 4 maio, 2020. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2020/05/04/1001060/google-and-apple-lay-out-rules-for-contact-tracing-apps/>. Acesso em: 14 out. 2020.

PALFREY, Jon; GASSER, Urs. *Nascidos na era digital: entendendo a primeira geração dos nativos digitais*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

PAWLOTSKY, Aurèle. L'utilisation des données personnelles dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, un risque pour les droits et libertés? *La Revue des droits de l'homme (on-line)*, [s.l.], p. 1-7, 2020. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revdh/9059>. Acesso em: 13 jul. 2020.

POMPEU, João Cláudio Basso *et al.* *O uso de tecnologia da informação para o enfrentamento à pandemia da covid-19*. Brasília: Ipea, 2020.

SCHLINK, Bernhard; PIEROTH, Bodo. *Direitos fundamentais*. Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Série IDP.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Universal Declaration of Human Rights, s.d.* Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 15 jul. 2020.

VAUDENAY, Serge. Analysis of DP3T. *IACR Cryptol ePrint Arch*, Report 2020/399, 2020.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Contact Tracing in the Context of COVID-19*. Fev. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/contact-tracing-in-the-context-of-covid-19>. Acesso em: 25 jul. 2020.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; MAZIERO, Simone Guerra. Uso de dados pessoais como meio de controle da covid-19: desafios do direito à privacidade. *Humanidades e Tecnologia (FINOM)*, [s.l.], v. 25, n. 1, p. 169-184, 2020.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SILVA, Ana Marília Dutra Ferreira da *et al.* Proteção de dados pessoais e direito à privacidade no contexto da pandemia de covid-19: uma análise das aplicações de *contact tracing* à luz da proporcionalidade. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2232. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202232>

Ana Marília Dutra Ferreira da Silva

MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (UFRN). DOUTORANDA EM DIREITO PELA UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL E PROFESSORA DA UNIVERSIDADE POTIGUAR. MEMBRO-PESQUISADORA DO GRUPO DE ESTUDOS DO DIREITO PÚBLICO DA INTERNET E DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS (GEDI) DA UFRN.

anamariliadutra@gmail.com

Carlos Eduardo da Silva

DOUTOR EM CIÊNCIA DA COMPUTAÇÃO PELA UNIVERSITY OF KENT, REINO UNIDO. SENIOR LECTURER NA SHEFFIELD HALLAM UNIVERSITY, DEPARTMENT OF COMPUTING, REINO UNIDO. MEMBRO-PESQUISADOR DO GRUPO DE ESTUDOS DO DIREITO PÚBLICO DA INTERNET E DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS (GEDI) DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (UFRN).

c.dasilva@shu.ac.uk

Mariana de Siqueira

DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE). PROFESSORA ADJUNTA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (UFRN). COORDENADORA DO GRUPO DE ESTUDOS DO DIREITO PÚBLICO DA INTERNET E DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS (GEDI) DA UFRN.

marianadesiqueira@gmail.com

Kayo Victor Santos Marques

ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (UFRN). BACHAREL EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE POTIGUAR (UNP) E TECNÓLOGO EM ANÁLISE E DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS PELO INSTITUTO FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (IFRN). MEMBRO-PESQUISADOR DO GRUPO DE ESTUDOS DO DIREITO PÚBLICO DA INTERNET E DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS (GEDI) DA UFRN.

ADVOGADO.

kayovs.marques@gmail.com

- 1 Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-7620-8615>
- 2 Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil
- 3 Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-3766-0112>
- 4 Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil
- 5 Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-3062-8427>



Precedentes judiciais: uma análise jurimétrica no Tribunal de Justiça do Ceará

JUDICIAL PRECEDENTS: A JURIMETRIC ANALYSIS IN THE COURT OF JUSTICE OF CEARÁ

Alexandre Santos Bezerra Sá¹, Gustavo Raposo Pereira Feitosa²⁻³ e
Unie Caminha⁴⁻⁵

Resumo

O artigo tem por objetivo investigar o atual funcionamento do modelo de precedentes brasileiro, consolidado pelo Código de Processo Civil de 2015, principalmente se o mecanismo de julgamento vertical por meio de processos repetitivos nos tribunais superiores vem, efetivamente, produzindo maior coerência e agilidade ao sistema judicial. O estudo envolve a aplicação de metodologias qualitativa e quantitativa na investigação de espaços privilegiados de observação no Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE): o Sistema do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Sisnugep) e a observação do trabalho de aplicação desse modelo de precedentes pelos magistrados. Baseado em um estudo jurimétrico, faz-se uma análise dos processos em trâmite relativos aos temas 766 e 1038 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conclui-se, com a análise da amostra extraída pela Associação Brasileira de Jurimetria, que, no âmbito do TJCE, a fixação vertical de teses pelo STJ não está repercutindo necessariamente nos processos locais existentes sobre a mesma temática, seja em relação à ordem de sobrestamento nacional, seja nos efetivos julgamentos. Propõe-se, conseqüentemente, uma reflexão sobre esse modelo hierarquizado de precedentes e seus efetivos resultados na realidade do funcionamento do Poder Judiciário.

Palavras-chave

Precedentes; coerência; vinculação; modelo brasileiro; jurimetria.

Abstract

The article aims to investigate the current operation of the Brazilian judicial precedents model, consolidated by the Civil Procedure Code of 2015, especially if the mechanism of vertical judgment through repetitive cases in higher courts has been effectively producing greater coherence and agility to the judicial system. The study involves the application of qualitative and quantitative methodologies in the investigation of privileged spaces of observation in the Court of Justice of Ceará (TJCE): the System of the Precedent Management Center (SISNUGEP) and in the observation of the work of application of this model of precedents by the judges. Based on a jurimetric study, an analysis is made of the cases in progress related to themes 766 and 1038, of the Superior Court of Justice (STJ). It is concluded from the analysis of the sample extracted by the Brazilian Association of Jurimetrics that, within the scope of the TJCE, the vertical establishment of theses by the STJ is not necessarily having repercussions on the existing local proceedings on the same theme, whether in relation to the order of national suspension or in actual judgments. It is proposed, consequently, a reflection on this hierarchical model of precedents and its effective results in the reality of the functioning of the Judiciary.

Keywords

Precedents; coherence; binding force; Brazilian model; jurimetrics.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), consolidando diversas contribuições doutrinárias e legais que já existiam, buscou trazer um ganho de coerência na aplicação do Direito por meio de uma maior sistematização da jurisprudência brasileira. Sem dúvida, normas como as constantes dos arts. 926¹ e 927² desse Código claramente demonstram o intuito de corrigir disfunções existentes em um sistema judicial historicamente marcado pela instabilidade e incoerência das decisões judiciais. Com efeito, no Brasil, diversos recursos chegavam – e ainda chegam – ao conhecimento dos tribunais superiores para tratar de matérias já apreciadas por esses tribunais de vértice, os quais se resumiam a reafirmar decisões já anteriormente tomadas. Portanto, um dos pontos altos da inovação legislativa consistiu exatamente em procurar trazer maior coerência ao sistema judicial.³

Nesse sentido, destaca-se o mandamento cogente para que juízes e tribunais observem os julgamentos de recursos repetitivos e, principalmente, a lógica de que tais recursos deveriam ser debatidos pelos tribunais superiores como representativos de controvérsias em todo o Brasil e, após o efetivo julgamento, ser aplicados aos diversos processos existentes nas instâncias ordinárias. Nos termos do art. 1.030 do CPC/2015, por exemplo, é obrigatório o sobrestamento na instância inferior de recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelos tribunais superiores.

Portanto, a sistemática que se estabeleceu, em resumo, foi a seguinte: em vez de os tribunais superiores receberem uma infinidade de processos de todos os cantos do Brasil sobre uma mesma questão jurídica, represam-se esses feitos em suas instâncias de origem até que os representativos da controvérsia sejam solucionados, o que possibilita o julgamento em massa de todos os outros feitos similares.

A pergunta que se apresenta neste trabalho, contudo, é a seguinte: esse mecanismo de julgamento vertical por meio de processos representativos vem funcionando corretamente de

...

- 1 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).
- 2 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (BRASIL, 2015).
- 3 Nesse sentido, pode-se verificar esta notícia da época: CÓDIGO de Processo Civil entra em vigor com a promessa de agilizar ações. *Agência Brasil*, 18 mar. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/novo-codigo-civil-entra-em-vigor-com-promessa-de-agilizar-aco-es-na-justica>. Acesso em: 23 jun. 2022.

modo a cumprir seu objetivo – trazer mais coerência e agilidade aos julgamentos? Tal questionamento é pertinente porque, hoje, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já possuem mais de mil teses ou temas representativos desses processos, o que, evidentemente, torna extremamente complexos a gestão e o funcionamento do sistema idealizado. Com efeito, este artigo enfrenta tal problemática analisando dados concretos sobre como as teses fixadas pelo STJ estão sendo aplicadas na prática cotidiana.

Adota-se como campo de investigação o Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE), órgão do Poder Judiciário de maior abrangência no estado em que os autores desenvolvem suas pesquisas. Justifica-se esse recorte pela continuidade das investigações sobre o sistema de precedentes, já iniciadas no âmbito da referida corte.⁴ Ademais, trata-se de um órgão julgador de médio porte, com um número intermediário de processos dentro do cenário nacional e de fácil acesso aos dados. O estudo nesse tribunal oferecerá também elementos para reflexão dos processos em curso em outras cortes estaduais brasileiras, até porque são analisados não apenas questões administrativas, mas o conteúdo de decisões proferidas por magistrados. A metodologia escolhida para a coleta de dados girou em torno, primeiro, de uma análise do sistema administrativo utilizado pelo TJCE – Sistema do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes [Sisnugep] –, focando no quantitativo dos dados catalogados. Após, fez-se um estudo sobre como os próprios julgadores estão trabalhando com esses processos repetitivos no âmbito de suas decisões. A sistemática de investigação pode ser resumida na seguinte sequência: (i) fez-se um recorte envolvendo o TJCE e o STJ, já que o primeiro, como afirmado anteriormente, corresponde ao local onde a pesquisa vem sendo desenvolvida, e o segundo congrega a sistemática dos recursos especiais repetitivos; (ii) no sítio do STJ, no campo dos recursos repetitivos, selecionou-se a busca de temas ou teses fixadas a partir de processos originários do TJCE; (iii) a resposta dessa busca resultou em dois temas específicos – o 766⁵⁻⁶ e o 1038;⁷

...

4 Esses estudos resultaram na publicação da obra *A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o novo paradigma epistemológico das ciências: um estudo a partir da experiência no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará* (SÁ, 2020).

5 “O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)” (BRASIL, 2018).

6 Quanto ao tema 766, embora tenha sido julgado como representativo da controvérsia um processo do estado de São Paulo, e não do Ceará, a suscitação da necessidade de julgamento no rito dos repetitivos incluiu um processo do TJCE, o que satisfaz para fins desta pesquisa a pergunta se o tema ou a tese possui aplicabilidade no âmbito do tribunal local.

7 “Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei n. 8.666/1993” (BRASIL, 2020a).

(iv) selecionados os temas, solicitou-se ao TJCE a extração de todos os processos em sua base de dados, desde a data da ordem de suspensão nacional até o dia 19 de outubro de 2020, data de fechamento da coleta dos dados da pesquisa, separando-os em duas tabelas, uma para cada grupo de processos relativos aos correspondentes temas; (v) depois, essa lista de processos foi remetida para a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) (2020), que calculou uma amostra⁸ aleatória para investigação em cada um dos grupos de processos; (vi) finalmente, respeitado o número mínimo de processos necessários para a observância da amostragem,⁹ além da indispensável aleatoriedade, cada processo foi aberto e foi verificado se a tramitação fora sobrestada após a ordem de sobrestamento nacional e, ainda, se nas decisões, sentenças ou acórdãos a tese fixada – 766 ou 1038 – foi de alguma forma citada, seja para seguir a diretriz estabelecida, seja para fins de distinção.

É preciso destacar que este artigo não busca discutir em profundidade, do ponto de vista doutrinário, questões relacionadas aos conceitos, às definições ou às análises qualitativas do modelo de gestão de precedentes adotado no Brasil, inclusive se esse modelo poderia ser denominado um sistema de precedentes. O ponto principal é investigar, sob a perspectiva quantitativa, com substrato na jurimetria, se os procedimentos consolidados pelo CPC/2015, no que tange à gestão desses processos repetitivos, vêm apresentando resultados compatíveis com o que fora idealizado. Nesse sentido, a relevância prática e teórica deste artigo reside no trabalho investigativo de examinar se o ideal de coerência e agilidade pugnado pelo modelo de julgamento de processos repetitivos, concretamente, vem produzindo efeitos no sistema judicial brasileiro. Com efeito, o exame do inteiro teor de decisões judiciais que possuem o mesmo objeto de temas vinculantes julgados pelos tribunais superiores permite a extração de conclusões práticas sobre os reais impactos do modelo vertical de aplicação dos chamados precedentes qualificados. Outrossim, as conclusões também auxiliam em uma reflexão teórica sobre o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro na atualidade.

O artigo divide-se em quatro seções: (i) na primeira, faz-se uma breve reflexão sobre as divergências doutrinárias acerca do modelo de precedentes e as possíveis contribuições da jurimetria; (ii) na segunda seção, são analisados os dados existentes e consolidados no Sisnugep, do TJCE; (iii) na terceira, pesquisa-se na amostra extraída pela ABJ como estão sendo enfrentados os desafios relacionados à gestão dos processos repetitivos aqui selecionados, no âmbito do TJCE; (iv) na quarta seção são apresentadas sugestões de pesquisas futuras que

...

⁸ O código que criou essa amostra – feito na linguagem de programação estatística R – pode ser acessado neste *link*: <https://gist.github.com/f63f2a56a883edd04a1acc495a534c94>.

⁹ O número mínimo foi fixado em 30 processos para cada tema. O código gerado pela ABJ, que cria essa amostra (feito na linguagem de programação estatística R), pode ser acessado neste *link*: <https://gist.github.com/f63f2a56a883edd04a1acc495a534c94>.

possam contribuir para um aprofundamento dos estudos aqui iniciados, a partir dos resultados observados.

O trabalho, essencialmente, busca contribuir para uma maior reflexão sobre o gerenciamento dos processos repetitivos no Brasil, e enfrenta questões que não representam críticas a pessoas específicas, administrações de tribunais ou outras instituições jurídicas, mas, fundamentalmente, ao próprio modelo consolidado pelo CPC/2015 e sua eventual eficácia. Acima de tudo, procura trazer elementos para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

I. AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE O MODELO DE PRECEDENTES E AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA JURIMETRIA

O estabelecimento de conceitos ou aprofundamentos doutrinários sobre precedentes judiciais, como já ressaltado na parte introdutória, não é o objeto deste trabalho. Contudo, alguns esclarecimentos são fundamentais para que a análise jurimétrica possa ser feita com maior clareza nas próximas duas seções.

Assim, um primeiro ponto que precisa ficar bastante claro é que não há uma uniformidade de entendimento na literatura científica brasileira acerca da existência ou não de um sistema propriamente dito de precedentes no Brasil. Streck e Abboud (2016), por exemplo, sustentam que o CPC/2015 apenas estabeleceu uma série de provimentos judiciais que passariam a ter conteúdos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário, porém, sem que isso pudesse ser rotulado como um sistema. Viana e Nunes (2018, p. 221), de outra banda, defendem que houve um intuito de se criar um modelo de sistema de precedentes judiciais, apesar das peculiaridades aqui existentes.

Havendo ou não um sistema próprio, é indiscutível a utilização cada vez mais frequente do direito jurisprudencial ou a escolha de um caminho em busca de mais coerência do sistema judicial, que encontra, não como um ponto final, mas como um local de consolidação, o CPC/2015.

As divergências não ficam restritas ao campo formal da existência de um sistema próprio ou não, entrando, inclusive, em discussões sobre qual o papel dos tribunais pátrios na formação e aplicação dos precedentes. Mitidiero (2018, p. 80) chega a defender a existência de dois tipos de cortes, as de Justiça, compostas dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, e as de precedentes, formadas pelos tribunais superiores.¹⁰

...

¹⁰ “É preciso distinguir entre as funções das Cortes de Justiça – exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência – e as Cortes de Precedentes – outorgar uma interpretação prospectiva e dar unidade ao direito” (MITIDIERO, 2018, p. 80-81).

Marinoni (2015, p. 22) defende a existência de força vinculante nas decisões do STF e do STJ, ainda que não proferidas em casos repetitivos.

Marinoni (2015) e Mitidiero (2018) representam uma corrente de entendimento que defende a necessidade de o modelo adotado no Brasil passar a utilizar mecanismos hierarquizados de fixação de precedentes, concentrando-se nos tribunais superiores, na linha de que tal solução trará maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

Do outro lado, há uma vertente acadêmica que defende o precedente não como mecanismo de vinculação vertical subsuntiva, mas como instituto fundamental para uma coerência sistêmica resultante do enriquecimento hermenêutico. Representando esse entendimento, Lopes Filho (2016, p. 119) ressalta que, “se resumir a previsibilidade de resultados em razão de um enunciado preestabelecido, os precedentes não estão em posição melhor do que as leis para garanti-la”. Na mesma linha de pensamento, Nunes e Bahia (2014, p. 438) criticam a forma de utilização de precedentes verticalizados, e sustentam, inclusive, que tal modo de pensar configuraria um verdadeiro retorno da antiga escola da exegese.¹¹

Uma análise dos dispositivos legais sobre a matéria, principalmente os já citados arts. 927 e 1030 do CPC/2015, ou uma visita aos sítios dos tribunais superiores nas áreas reservadas aos processos repetitivos, apresenta uma resposta bastante clara: o modelo de vinculação que vem prevalecendo no Brasil assemelha-se ao defendido por Marinoni (2015) e Mitidiero (2018). Com efeito, os tribunais de vértice fixam seus “precedentes” para uma hipotética aplicação automática pelas cortes locais.

De qualquer forma, independentemente do modelo defendido de precedentes, é indiscutível a necessidade de um sistema que traga mais coerência e organicidade ao ordenamento jurídico.¹² O presente artigo não pretende discutir em profundidade qual teoria deveria prevalecer, do ponto de vista doutrinário, mas essencialmente provocar reflexões se a prática cotidiana do que vem sendo concretizado no Brasil está contribuindo para uma maior estabilidade e coerência do sistema judicial, tal como estabelecido pelo art. 926 do CPC/2015.

A disciplina de que se lança mão para a concretização desse mister é a jurimetria. Segundo Guedes Nunes (2020, p. 111), a jurimetria “é a disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica”. Ou seja, a jurimetria se concentra em dados coletados para descrever o seu problema e apontar caminhos para solução. Trata-se de uma ciência humana, causal e estocástica. Ciência humana porque investiga a veracidade de proposições formuladas sobre o objeto investigado: o comportamento humano. É causal em razão do estudo de causa e efeito probabilístico. Estocástica

...

11 Essa temática pode ser vista com maior profundidade em Lopes Filho (2016).

12 A discussão sobre a natureza dos precedentes pode ser aprofundada em Duxbury (2008).

porque tem como propósito controlar a incerteza, sem a pretensão de extirpá-la completamente (GUEDES NUNES, 2020, p. 135).

Com efeito, a jurimetria busca contribuir para uma aproximação da verdade na ordem jurídica. Não uma verdade cartesiana, baseada em modelos hipoteticamente exatos e absolutos, mas uma verdade possível, probabilística, que nunca se afaste da consciência de suas próprias limitações.

Portanto, quanto aos precedentes judiciais no Brasil, independentemente da teoria adotada, mostra-se importante investigar os resultados da aplicação das teses ou dos temas fixados pelos tribunais superiores para utilização nos mais diversos juízos. Será que esse modelo de vinculação hierárquica, de solução massiva de processos em tese similares, que vem prevalecendo no Brasil, está contribuindo para uma maior coerência decisória dentro do sistema judicial brasileiro?

O presente estudo, como já detalhado na parte introdutória, focou-se no TJCE, tribunal de médio porte, com um número intermediário de processos no cenário nacional e com fácil acesso aos dados por parte dos pesquisadores. O Tribunal mostrou-se um campo de teste adequado para a utilização da jurimetria como meio de análise da eficácia das mudanças processuais e institucionais trazidas pela legislação e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).¹³

No âmbito do TJCE, a busca por respostas a essa pergunta passa por dois caminhos: (i) a análise dos dados hoje existentes no sistema de gerenciamento de precedentes do tribunal – Sisnugep; (ii) a investigação específica dos processos locais atingidos por teses fixadas no modelo de julgamento repetitivo pelos tribunais superiores.

2. A ANÁLISE DOS DADOS DO SISNUGEP-CE

A Resolução CNJ n. 235 (BRASIL, 2016) determina em seu art. 6º¹⁴ que os tribunais deverão ter em suas estruturas administrativas permanentes um núcleo de gerenciamento de precedentes – Nugep. No âmbito do TJCE, o referido núcleo foi criado por meio da Resolução do Plenário do TJCE, n. 07/2016.

...

13 Desde sua criação, o Núcleo de Precedentes do TJCE revelou-se um campo fértil para investigações e interação com as universidades. Sua atuação serviu direta ou indiretamente como fonte de pesquisa para trabalhos científicos, como o livro *A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o novo paradigma epistemológico das ciências: um estudo a partir da experiência no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará* (SÁ, 2020).

14 “Art. 6º O STJ, o TST, o TSE, o STM, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho devem organizar, como unidade permanente, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep) no âmbito de suas estruturas administrativas com as atribuições previstas no art. 7º” (BRASIL, 2016).

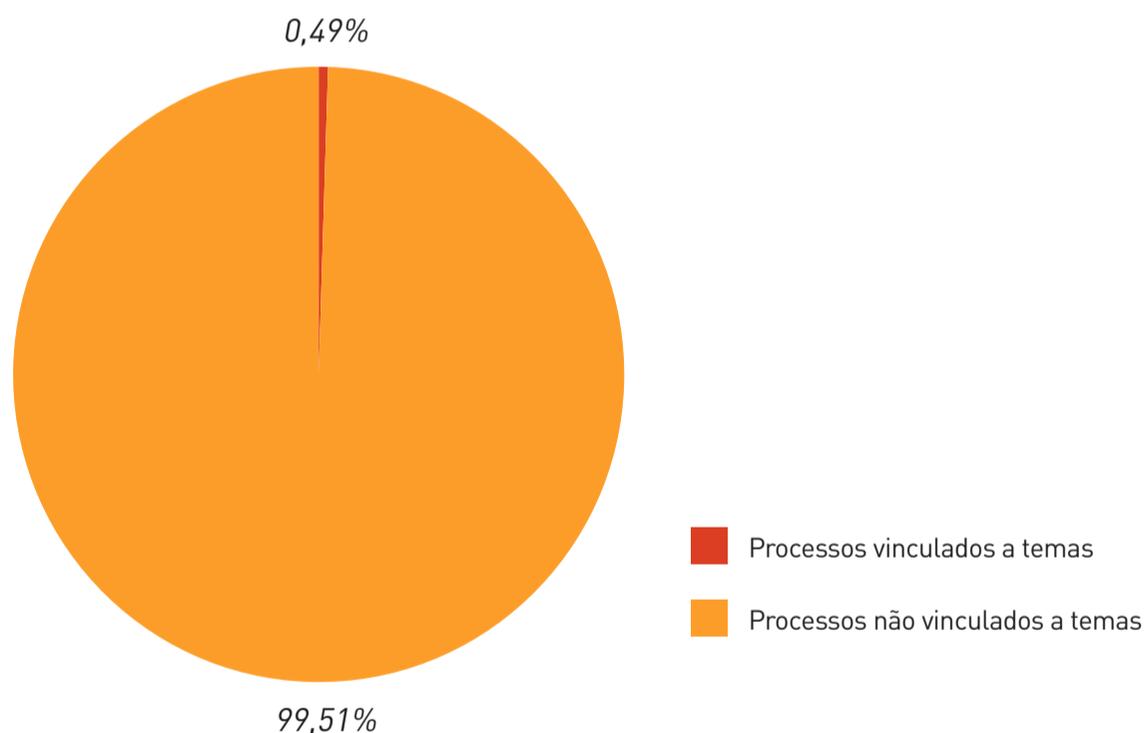
Para organizar os trabalhos de gerenciamento dos precedentes, criou-se o Sisnugep, um sistema informatizado para consolidar os dados relativos aos precedentes no âmbito do TJCE.

Apesar de todos os esforços das Administrações do tribunal, atualmente o Sisnugep possui o registro de apenas 5.488 processos vinculados a tema ou teses. Levando em consideração que o TJCE tem 1.227.500 processos pendentes de baixa, chega-se ao resultado de que somente 0,49% dos feitos encontram-se sob a gestão efetiva do núcleo de precedentes (Gráfico 1).

Do total de processos cadastrados, somente 0,04% se refere a teses julgadas, sendo quase todo o restante, 0,45%, relativo a processos sobrestados.

Outro dado fundamental é que desses 5.488 processos cadastrados, 5.319, 96,9%, tramitam no segundo grau de jurisdição, havendo apenas 169 processos, 3,1%, relativos aos processos de primeiro grau de jurisdição.

GRÁFICO 1 – PROCESSOS VINCULADOS A TEMAS NO TJCE



Fonte: Sistema de Gerenciamento de Precedentes do TJCE – Sisnugep.

As conclusões relativas a esses dados são bastante evidentes: o sistema de gerência de precedentes não atinge uma parcela minimamente relevante dos processos em trâmite, e, ainda, os que se encontram cadastrados, em regra, estão no segundo grau de jurisdição, em fase de sobrestamento. O TJCE, inclusive, vem buscando soluções alternativas para esse problema, como o programa “Leia”, que utiliza inteligência artificial para identificar palavras-chave em processos repetitivos, fazendo referências nesses feitos para que os julgadores possam ter

ciência de que aquele determinado processo pode ter relações com os julgados pelos tribunais superiores na sistemática dos repetitivos (CEARÁ, 2019).

Entende-se que os resultados apresentados são consequência de um modelo nacional que, apesar de buscar uma verticalização e hierarquização, não considera que os tribunais no país ainda possuem sistemas diversos de informática, em fases distintas no processo de digitalização.

É fato que os dados aqui apresentados representam um achado importante, pois demonstram o tamanho do desafio que ainda precisa ser vencido. Contudo, do ponto de vista desta pesquisa, fica bastante claro que uma investigação efetiva do funcionamento do modelo nacional de precedentes, no âmbito do TJCE, não pode ser feita apenas com foco no sistema oficial de gerenciamento.

Dessa forma, optou-se por verificar os processos em concreto e analisar efetivamente qual o comportamento desses feitos quando um processo representativo da controvérsia é afetado ou julgado em âmbito nacional.

3. A ANÁLISE DOS DADOS PROCESSUAIS NOS TEMAS 766 E 1038 DO STJ

O questionamento fundamental desta pesquisa consiste em analisar se, no âmbito do TJCE, o sistema consolidado pelo CPC/2015 relativo à gestão de precedentes vem contribuindo para uma maior coerência no ordenamento jurídico. Portanto, diante da insuficiência de dados do Sisnugap vista na seção anterior, tornou-se indispensável investigar o próprio conteúdo das decisões judiciais e fazer um cotejo entre o decidido em casos concretos e a tese correspondente fixada em caráter vinculante pelo STJ. A metodologia empregada já foi detalhada na introdução deste artigo, sendo importante lembrar, contudo, que para o estudo foram selecionados os temas 766 e 1038, ambos já definitivamente julgados como recursos repetitivos e fixados a partir de processos originários do TJCE,¹⁵ por provocação seja da corte local, seja do próprio STJ.¹⁶

Selecionados os temas, solicitou-se ao TJCE a lista de todos os processos que tramitaram naquela corte desde a data da ordem de suspensão nacional, para cada uma das teses fixadas, até o dia 19 de outubro de 2020, data de fechamento da coleta dos dados da pesquisa. Posteriormente, esses dados foram encaminhados para a ABJ (2020), que calculou uma

...

¹⁵ Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 23 jun. 2022.

¹⁶ Com efeito, se a questão principal é investigar se as teses vinculantes estão concretamente produzindo efeitos práticos nos tribunais locais, o fato de os temas terem sido estabelecidos por discussões originárias no próprio TJCE facilitaria, em tese, o conhecimento das questões debatidas. Ressalte-se que apenas esses dois temas aparecem como originários do Ceará no âmbito da pesquisa de recursos repetitivos no STJ.

amostra¹⁷ aleatória de pesquisa. Cada processo selecionado foi aberto e foi verificado se a ordem de sobrestamento foi observada e, além disso, se no julgamento do processo citou-se, ainda que para distinguir, a tese ou o tema julgado pelo STJ.¹⁸

O objetivo dessa análise é, portanto, verificar se após a ordem de sobrestamento nacional e/ou o julgamento do tema pelo STJ o sistema apresentou ganhos em termos de integridade e coerência. O estudo de decisões judiciais em concreto possibilitará extrair reflexões sobre o modelo brasileiro de precedentes. Assim, passa-se agora à análise desses dados, separadamente para cada tema.

3.1. ANÁLISE DO GRUPO DE PROCESSOS RELATIVOS AO TEMA 766

O tema 766¹⁹ aborda a questão jurídica sobre a legitimidade de o Ministério Público (MP) requerer medicamentos ou tratamento médico para beneficiários específicos. A ordem de sobrestamento nacional ocorreu em 7 de novembro de 2017 e o julgamento favorável à legitimidade do MP, em 25 de abril de 2018.

O processo paradigma submetido ao STJ, originário do Ceará, acabou não sendo o recurso efetivamente julgado na sistemática do repetitivo, pois aquela corte entendeu que outro, advindo de São Paulo, estava mais apropriado para fins de fixação da tese. Isso não retira a justificativa do recorte aqui definido, porquanto o que foi adotado como critério foi exatamente haver referência expressa no sítio do STJ de que, na temática repetitiva, o TJCE possuiria processos sobre o assunto.²⁰

No banco de dados do TJCE, extraiu-se uma lista dos processos relacionados ao tema²¹ desde a data de sobrestamento nacional até o dia 19 de outubro de 2020, fechamento desta pesquisa, exatamente para que fosse possível analisar se os processos foram efetivamente sobrestados e se as decisões ou sentenças fizeram alguma referência ao tema objeto de análise.

...

17 O código que criou essa amostra – feito na linguagem de programação estatística R – pode ser acessado neste *link*: <https://gist.github.com/f63f2a56a883edd04a1acc495a534c94>.

18 Para mais informações sobre a metodologia empregada na pesquisa, consultar a introdução.

19 “O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)” (BRASIL, 2018).

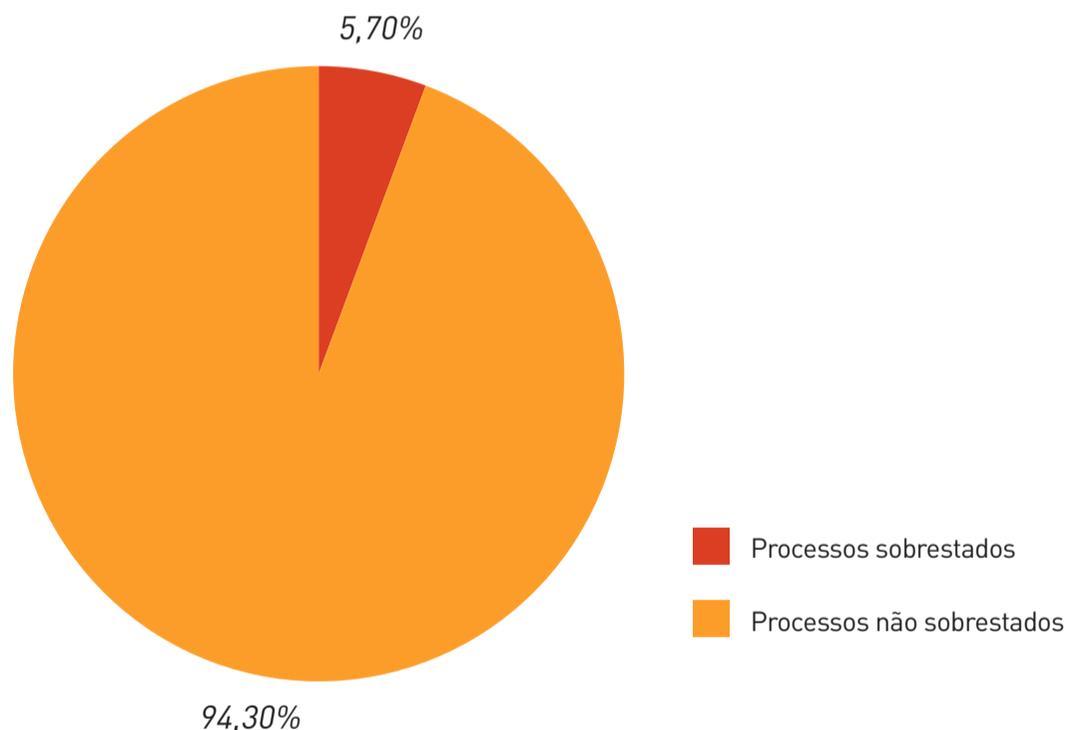
20 Como também já mencionado na introdução, ao vincular a origem do Tribunal cearense nos processos repetitivos, apenas aparecem os dois temas aqui pesquisados.

21 É importante informar que não há no banco de dados do TJCE um cadastro de processos relativos aos temas. Portanto, foi necessário estabelecer critérios de busca com foco na classe processual e nos assuntos, além do polo ativo do processo – no caso restrita ao MP. Assim, foram extraídos os dados com os seguintes parâmetros: Relação de processos julgados no período de 7 de novembro de 2017 até 19 de outubro de 2020 –

No total, foram identificados 430 processos, tendo a ABJ apontado a necessidade de análise mínima de 30 casos para fins de amostragem²² e criado uma ordem de aleatoriedade nesses processos. Assim, a análise seguiu rigorosamente a sequência da lista encaminhada e excluiu apenas os processos que ainda não estavam digitalizados (processos físicos), já que espalhados por diversas comarcas distantes. Nesse caso, seguiu-se a sequência da lista para o processo imediatamente posterior.

Foram analisados em detalhes 35 processos relacionados ao tema 766. Em todos eles, os assuntos tratados coincidiram exatamente com a temática abordada pelo tema, obtendo-se os seguintes resultados: (i) quanto à ordem de sobrestamento nacional, 33 processos continuaram tramitando normalmente, sem paralisação para espera do julgado do STJ, tendo apenas dois processos sido devidamente sobrestados, o que resulta em um percentual de 5,7% de acolhimento da ordem nacional (Gráfico 2); (ii) quanto às decisões, sentenças ou acórdãos proferidos, em 34 processos nada foi ventilado sobre o tema em estudo, tendo isso ocorrido em apenas um processo, que fez expressa citação, resultando em um percentual de 2,8% (Gráfico 3).

GRÁFICO 2 – PROCESSOS EFETIVAMENTE SOBRESTADOS



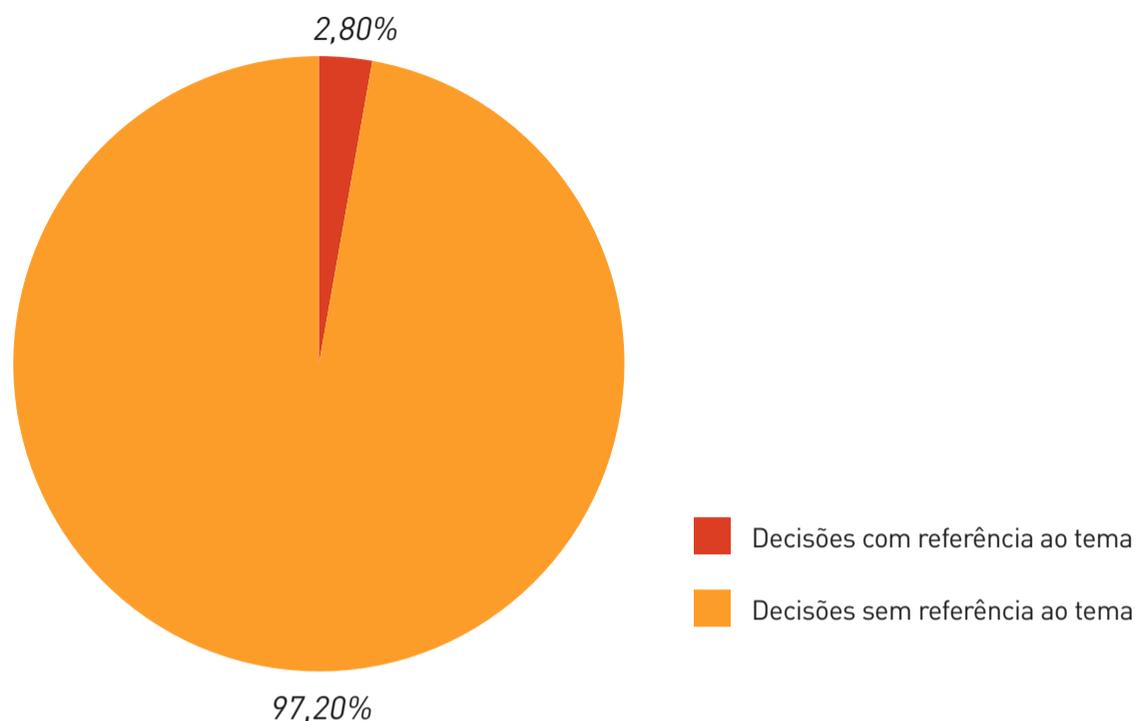
Fonte: Dados extraídos do Sistema Processual do TJCE.

...

SAJPG, SAJSG. Polo ativo (requerente, promovente, impetrante, etc.): Ministério Público, MP, etc. Assuntos: Assistência à saúde/Direito da Saúde/Fornecimento de medicamentos/Medicamento/tratamento/cirurgia de eficácia não comprovada/Medicamento em desacordo com receita médica/Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimentos de medicamentos/Tratamento médico-hospitalar/Requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime/hospitalar ou ambulatorial.

22 Código pesquisável da amostragem: <https://gist.github.com/f63f2a56a883edd04a1acc495a534c94>.

GRÁFICO 3 – PROCESSOS COM REFERÊNCIA AO TEMA 766



Fonte: Dados extraídos do Sistema Processual do TJCE.

Para uma adequada compreensão da questão aqui suscitada, pode-se resgatar o Processo n. 0014907-66.2017.8.06.0090, que tramitou na comarca de Icó-CE. A petição inicial foi protocolada em 12 de dezembro de 2017 pelo MP do estado do Ceará em desfavor do município. O objeto da ação era o fornecimento de medicamento para uma pessoa específica.

Em dezembro de 2017, já havia ordem de sobrestamento nacional determinada pelo STJ, em decorrência da afetação do tema 766. Nada foi levantado pelo MP sobre esse ponto, que se resumiu a citar uma jurisprudência favorável à sua legitimidade, mas sem nenhuma referência ao tema.

A decisão interlocutória, por sua vez, foi proferida em janeiro de 2018, durante o período de suspensão nacional, também sem nenhuma referência a esse aspecto. A matéria foi julgada em 25 de abril de 2018 pelo STJ e, no caso em análise, a sentença proferida em julho de 2018, sem referência ao tema 766, agora, já julgado. Ou seja, o processo foi protocolado, tramitou sem suspensão, nenhuma das partes suscitou a discussão e o julgamento foi realizado sem que a apreciação do recurso repetitivo tenha gerado ganho argumentativo. Tal problemática se repetiu em 97,2% dos processos aqui pesquisados de forma aleatória.

O que se constata, portanto, em relação ao tema 766 do STJ é uma quase absoluta falta de citação nas decisões analisadas – o que somente ocorreu em um processo pesquisado –, além do grave problema da ausência de sobrestamento, pois somente dois processos foram suspensos. Com efeito, na quase totalidade dos casos, os legitimados ativos ou passivos, ou mesmo os julgadores, não tomaram conhecimento da tramitação do processo paradigma no

STJ, não tendo havido conseqüentemente efeitos efetivos da fixação da tese nos processos pesquisados.

A lógica por trás da sistemática de julgamento dos processos repetitivos é que, em temas de controvérsia relevante sobre o Direito, essas matérias sejam levadas ao tribunal superior respectivo para a fixação de uma tese vinculante em todo o país. Havendo sobrestamento, os processos em todos os tribunais brasileiros devem permanecer suspensos, a fim de evitar decisões conflitantes. Uma vez julgado o repetitivo, todos os juízes no Brasil teriam a questão de direito esclarecida para fins de aplicação nos casos concretos, o que possibilitaria ainda discussões sobre eventuais distinções ou superações de precedentes, sempre com um almejado ganho argumentativo.

Contudo, o que os dados analisados demonstram é que em 97,2% dos processos pesquisados de forma aleatória isso não ocorreu. Ainda que os participantes discordassem da incidência do precedente ao caso em concreto – o que seria estranho em razão da semelhança da matéria de Direito –, no mínimo uma mera referência ao tema 766 deveria ter ocorrido, mesmo que para afastar sua aplicação.

Em resumo, praticamente todos os processos analisados tramitaram sem sobrestamento, e, o que é mais grave, o modelo de julgamento verticalizado não produziu nenhum ganho argumentativo no conteúdo das decisões judiciais investigadas.

3.2. ANÁLISE DO GRUPO DE PROCESSOS RELATIVOS AO TEMA 1038

Quanto ao tema 1038,²³ discute-se sobre possibilidade de o ente público estipular cláusula editalícia em licitação prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração para evitar propostas inexequíveis. A ordem de sobrestamento nacional ocorreu em 3 de dezembro de 2019 e o julgamento, em 23 de setembro de 2020, no sentido da ilegalidade de imposição de percentual mínimo, sob pena de ofensa ao art. 40, X, da Lei n. 8.666/1993.

No banco de dados do TJCE, foi extraída uma lista dos processos relacionados ao tema²⁴ da data de sobrestamento nacional até o dia 19 de outubro de 2020, para a já destacada análise sobre efetivo sobrestamento e referências mínimas ao tema julgado nas decisões, sentenças e acórdãos examinados.

...

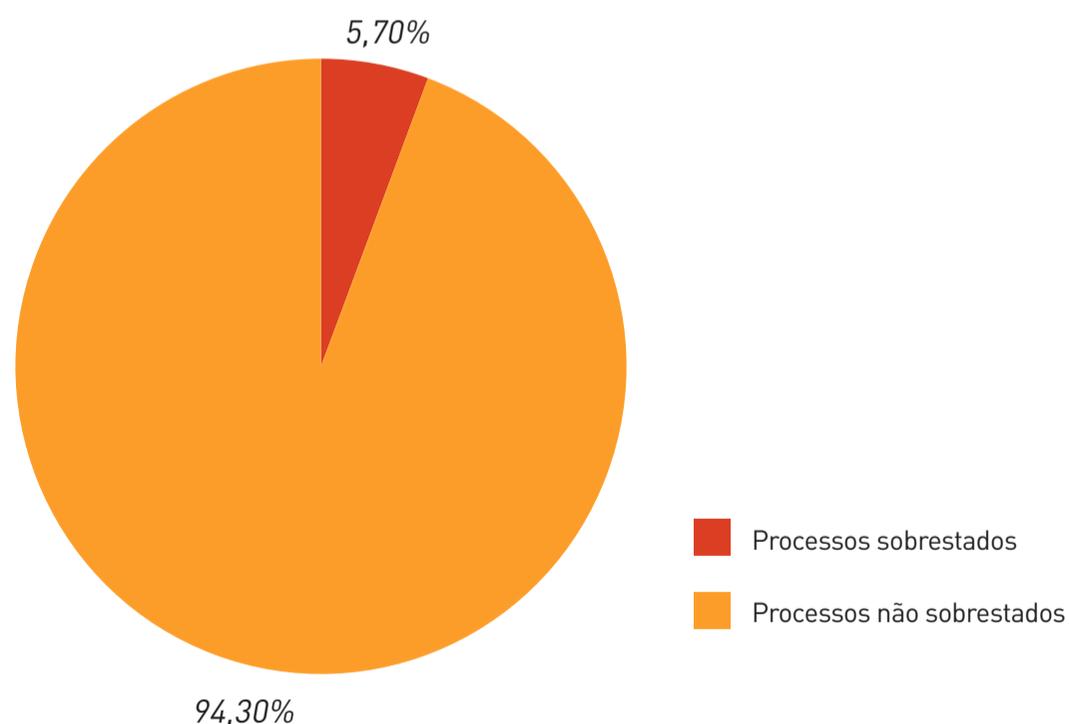
23 “Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei n. 8.666/1993” (BRASIL, 2020a).

24 Destaque-se mais uma vez a inexistência de campos próprios na base de dados do TJCE relativos ao tema relacionado, o que torna a pesquisa possível apenas por meio dos critérios de busca com foco na classe processual e nos assuntos. Assim, para o tema 1038, foram extraídos os dados com os seguintes parâmetros: Relação de processos julgados no período de 3 de dezembro de 2019 até 19 de outubro de 2020 – SAJPG e SAJSG. Assuntos: Taxa de Administração. Edital. Licitações.

No total, foram identificados 589 processos, tendo a ABJ apontado a necessidade de análise mínima de 30 processos para fins de amostragem,²⁵ seguindo uma ordem de aleatoriedade. Assim, a análise seguiu rigorosamente a sequência da lista encaminhada e excluiu apenas os processos que, embora correspondessem ao assunto de licitação, não tinham discussão específica sobre taxa de administração. Quando tal hipótese foi identificada no processo, passou-se, na sequência, para o processo imediatamente posterior.

Em relação ao tema 1038, também foram examinados minuciosamente 35 processos extraídos da amostra aleatória, pertencentes às mais diversas unidades judiciais, envolvendo primeiro e segundo grau de jurisdição. Aqui, os resultados encontrados foram os seguintes: (i) dos 35 processos, a ordem de sobrestamento nacional somente foi observada em dois feitos, resultando em um percentual de apenas 5,7% (Gráfico 4); (ii) quanto ao conteúdo das decisões, somente sete processos expressamente mencionaram a ocorrência do tema 1038 em algum dos seus julgados, ou seja, em 20% dos processos analisados os julgadores de alguma forma citaram o tema 1038 (Gráfico 5). Ressalte-se que, desses sete processos, em cinco deles os magistrados fizeram a distinção e decidiram não seguir o tema 1038, e, nos outros dois feitos, o tema foi acolhido. Em 80% dos processos não houve nenhuma referência ao tema em análise, embora em todos os editais juntados ao processo constasse expressamente um percentual mínimo referente à taxa de administração.

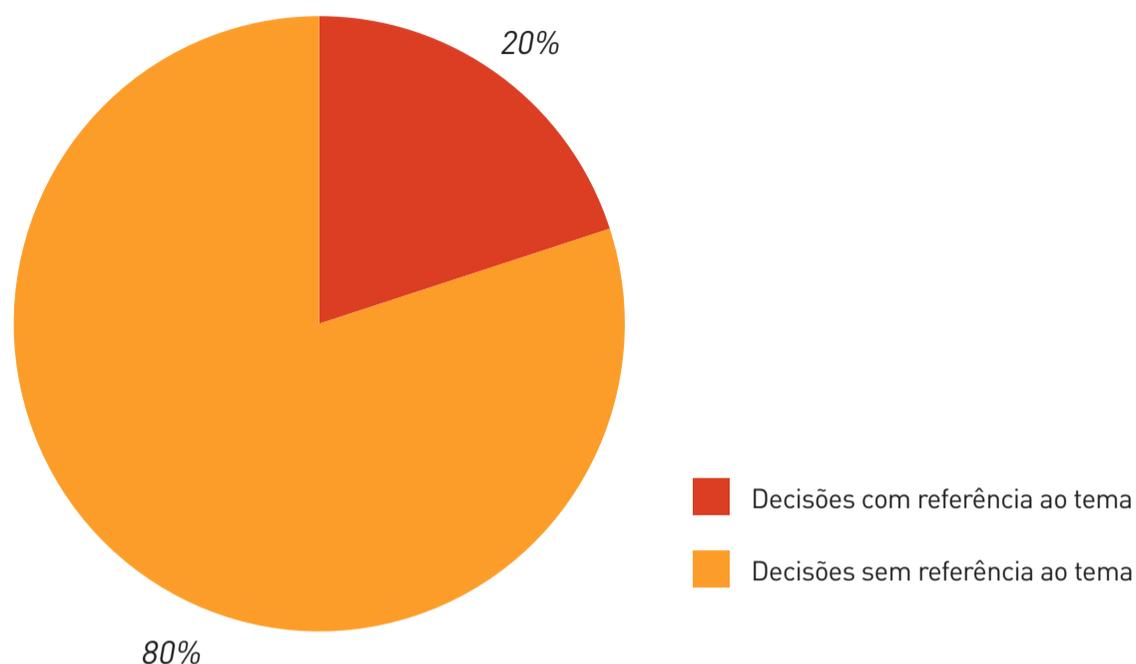
GRÁFICO 4 – PROCESSOS EFETIVAMENTE SOBRESTADOS



Fonte: Dados extraídos do Sistema Processual do TJCE.

25 Código pesquisável da amostragem: <https://gist.github.com/f63f2a56a883edd04a1acc495a534c94>.

GRÁFICO 5 – PROCESSOS COM REFERÊNCIA AO TEMA 1038



Fonte: Dados extraídos do Sistema Processual do TJCE.

Para tornar as conclusões dos dados citados mais fáceis de serem compreendidas, explicita-se aqui o ocorrido no Processo n. 0630251-46.2019.8.06.0000 (Proc. Originário 0169848-76.2019): a petição inicial foi protocolada em 5 de setembro de 2019, e deferida liminar em 9 de setembro de 2019. Em 3 de dezembro de 2019, houve a ordem de sobrestamento nacional, e o julgamento pelo STJ ocorreu em 23 de setembro de 2020. O parecer do MP, datado de novembro de 2020, ou seja, posterior ao julgamento pelo STJ, não fez nenhuma referência ao tema. Consta até uma argumentação no sentido de distinguir os casos de taxa de administração mínima e os casos relativos à comprovação alternativa, aqui denominada cláusula de exceção, mas nada é dito sobre o tema 1038. A sentença, por sua vez, apesar de ter concedido a segurança, entendendo ser possível comprovar a exequibilidade da proposta por outros meios, em seu bojo chega a externar o entendimento de ser “plausível a exigência de taxa mínima de administração no valor de um por cento”. Ocorre que o tema 1038, em novembro de 2020, já havia sido julgado exatamente no sentido contrário ao externado na sentença.

Em outras palavras, não houve suspensão processual, não houve expressa distinção das hipóteses para prosseguimento do feito, as partes não citaram o tema 1038 e, finalmente, a sentença, apesar de ter concedido a segurança por outro argumento, ainda externou entendimento contrário ao tema, sem nenhuma referência a ele.

Os casos analisados relativos à taxa de administração, além de demonstrarem os resultados apresentados, também expuseram outro achado importantíssimo. Isso porque o Recurso Especial (REsp) 1.840.154/CE e o REsp 1.840.113/CE, remetidos pelo TJCE e aceitos pelo

STJ como representativos de controvérsia, tinham como objeto de discussão única e exclusivamente a legalidade ou não do percentual mínimo de taxa de administração. Ocorre que, quando esses processos foram remetidos e aceitos para início do procedimento inerente aos repetitivos, a realidade já se modificara, o que tornou a discussão inicial do tema 1038, pelo menos no Ceará, de certa forma incompleta.

Explica-se: todos os processos analisados nesta pesquisa sobre o tema 1038 eram dos anos de 2017 em diante, pois foram adotados como marco de corte julgamentos ocorridos após a data de suspensão nacional, em 3 de dezembro de 2019. Ou seja, como o recorte foi do momento da citada decisão de sobrestamento nacional, naturalmente os processos que apareceram na lista de extração tinham como data de protocolo inicial, no máximo, um ou dois anos pretéritos, tempo médio de julgamento dessa espécie processual.

Nesses processos, os editais objeto de discussão já traziam, além do percentual mínimo de taxa de administração – matéria específica do tema 1038 –, uma cláusula de exceção que passou a permitir aos licitantes que tivessem percentuais inferiores a 1% comprovar a viabilidade de suas operações por outros meios. Manteve-se a taxa mínima, mas as administrações públicas passaram a contornar o problema inserindo nos editais uma possibilidade de comprovação extraordinária para os licitantes que não a observassem, com certeza, em decorrência das decisões judiciais que já decretavam a ilegalidade da chamada taxa mínima.

Em outras palavras, apesar de os processos mais antigos tratarem apenas da taxa de administração, os mais recentes continham a mesma taxa mínima, mas com uma excepcionalidade de comprovação alternativa da viabilidade econômica do negócio. Essa mudança editalícia fez com que, na prática forense, quando aberto o procedimento dos repetitivos no STJ por suscitação do próprio TJCE, o problema jurídico concreto já fosse outro, diferente do submetido a análise.

Buscando enfrentar tal problemática, o TJCE, por meio do Ofício Circular n. 31, de 25 de setembro de 2019, esclareceu aos magistrados cearenses que o objeto da suspensão – nessa época ainda meramente estadual, pois sem apreciação do STJ – dizia respeito apenas aos casos que tratassem exclusivamente de percentual mínimo de taxa de administração, não devendo envolver os processos que discutissem editais com a já destacada cláusula de exceção – também chamada de comprovação alternativa da viabilidade econômica do negócio. Ocorre que nessa época, meados de 2019, como destacado anteriormente, os novos processos já estavam sendo protocolados para discutir exatamente a cláusula de exceção. Com efeito, todos os 35 processos analisados na amostra, alguns ainda de 2017, já não tratavam apenas da discussão da taxa mínima.

No âmbito do STJ, a ordem de sobrestamento nacional – aqui adotada para fins da pesquisa –, em 3 de dezembro de 2019, nada esclareceu sobre a abrangência da suspensividade.²⁶

...

26 “Processual civil. Proposta de afetação. Recurso especial. Rito dos recursos especiais repetitivos. Art. 256-I, c/c o art. 256-E do RISTJ, na redação da Emenda Regimental 24, de 28/9/2016. Licitação e pregão.

No mesmo sentido, ou seja, de forma genérica, foi a tese fixada quando do julgamento definitivo pelo STJ, em 23 de setembro de 2020.²⁷

Em razão do objeto deste artigo, não cabe aqui uma discussão aprofundada sobre o alcance da decisão do STJ, se envolveria ou não os editais com a denominada cláusula de exceção, mas o que se pode afirmar, com base nos dados pesquisados, é que em 80% dos casos não houve discussão sobre esse ponto. Nos outros 20%, os magistrados fizeram distinção adentrando exatamente nessa polêmica, seja para decidir pela aplicabilidade da suspensão e do tema aos editais com cláusula de exceção, seja para afastar a incidência, à luz do Ofício Circular n. 31/2019.

Ademais, é importante mencionar que, em um dos processos analisados²⁸ em 14 de julho de 2020, o TJCE suspendeu um recurso especial, com base no tema 1038, embora o edital

...

Cláusula editalícia prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração. Alegação de ofensa ao inciso x do artigo 40 da Lei n. 8.666/1993. Multiplicidade de processos e divergência de interpretação nos tribunais. Abrangência da suspensão. Art. 1.037, inc. II, do CPC. Proposta de afetação acolhida. 1. Delimitação da controvérsia: ‘Possibilidade de o ente público estipular cláusula editalícia em licitação/pregão prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, como forma de resguardar-se de eventuais propostas, em tese, inexequíveis.’ [...] 3. Determinada a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional (art. 1.037, II, do CPC). [...]” (REsp 1.840.154/CE, rel. Min. Og Fernandes, julgado em 26.11.2019, Primeira Seção, *DJe* 03.12.2019).

27 “Administrativo. Recurso especial sob o rito dos recursos repetitivos. Arts. 40, inc. X, e 48, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93. Cláusula editalícia em licitação/pregão. Fixação de percentual mínimo referente à taxa de administração. Intuito de obstar eventuais propostas, em tese, inexequíveis. Descabimento. Busca da proposta mais vantajosa para a administração. Caráter competitivo do certame. Entendimento consolidado no TCU. Existência de outras garantias contra as propostas inexequíveis na legislação. Recurso especial conhecido e provido. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 c/c art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ. 1. O objeto da presente demanda é definir se o ente público pode estipular cláusula editalícia em licitação/pregão prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, como forma de resguardar-se de eventuais propostas, em tese, inexequíveis. [...] 4. A fixação de percentual mínimo de taxa de administração em edital de licitação/pregão fere expressamente a norma contida no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/93, que veda ‘a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência’. [...] 6. Sendo o objetivo da licitação selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração – consoante expressamente previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93 –, a fixação de um preço mínimo atenta contra esse objetivo, especialmente considerando que um determinado valor pode ser inexequível para um licitante, porém exequível para outro. Precedente do TCU. 7. Deve a Administração, portanto, buscar a proposta mais vantajosa; em caso de dúvida sobre a exequibilidade, ouvir o respectivo licitante; e, sendo o caso, exigir-lhe a prestação de garantia. Súmula nº 262/TCU. Precedentes do STJ e do TCU. [...] 10. Tese jurídica firmada: ‘Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993 [...]’” (REsp 1.840.154/CE, rel. Min. Og Fernandes, julgado em 26.11.2019, Primeira Seção, *DJe* 03.12.2019).

28 Processo n. 0170281-17.2018.8.06.0001.

trouxesse expressamente a possibilidade alternativa de comprovação da viabilidade da proposta se esta não observasse o percentual mínimo da taxa de administração, o que contraria o próprio Ofício Circular n. 31/2019.

Constata-se assim que a questão da aplicabilidade ou não do tema 1038 aos processos que continham a cláusula de exceção não era de fácil solução, exigia, em tese, pelo menos uma abordagem nas decisões relacionadas às matérias, o que somente ocorreu em 20% dos casos estudados.

Tais resultados se harmonizam com os demais dados aqui pesquisados, e demonstram, do ponto de vista da jurimetria, que estatisticamente o modelo idealizado de precedentes vem apresentando graves problemas.

É imperioso mencionar que as disfuncionalidades encontradas aqui no âmbito do Poder Judiciário também se estendem para as outras instituições de justiça. Com efeito, no tema 766, não se constatou nenhum ganho argumentativo na defesa dos interesses do MP, embora a discussão do tema fosse exatamente sobre a sua legitimidade. Isso não ocorreu nem mesmo após a fixação da tese pelo STJ, favoravelmente ao MP. As Fazendas Públicas também não suscitaram, na amostra analisada, a suspensão dos processos, apesar da ordem nacional de sobrestamento em matéria de seu indiscutível interesse. Quanto ao tema 1038, a mesma ausência de referências foi identificada, inexistindo ganho argumentativo nas manifestações da advocacia.

Os resultados apresentados neste trabalho em relação ao TJCE acendem um sinal de alerta sobre o real avanço da coerência e da integridade do Direito no ordenamento jurídico brasileiro com a introdução do modelo de precedentes chamados de vinculantes pelos tribunais de vértice. Isso porque, quando os problemas são identificados em decisões judiciais concretamente analisadas, tanto de primeiro quanto de segundo grau, ainda que apenas em um tribunal, as falhas são do próprio sistema judicial brasileiro, não representam uma mera questão administrativa local, de possível responsabilidade exclusiva do órgão julgador estudado. Com efeito, quando juízes não citam em suas decisões teses vinculantes fixadas pelos tribunais superiores, ainda que para fins de distinção, o problema aponta para o próprio modelo de precedentes adotado no Brasil.

4. ESTUDOS FUTUROS POSSÍVEIS DE DESENVOLVIMENTO

A metodologia de pesquisa aqui desenvolvida pode ser replicada em outros locais da federação. Basta verificar os temas originários desses estados e analisar o banco de dados dos seus tribunais em busca da correta identificação dos processos, cumprimento das ordens de sobrestamento e análise de eventuais ganhos argumentativos no bojo das decisões judiciais proferidas. Ao empregar essa metodologia, o que se constatou aqui foi uma falha do modelo idealizado de precedentes ou de replicação das teses vinculantes estabelecidas em sede de julgamento de processos repetitivos, tendo em vista a ausência extremamente relevante de menção aos temas analisados.

Essa falha diagnosticada pode ter, pelo menos, duas causas principais: o desconhecimento da existência dessas teses vinculantes ou um problema de como trabalhar adequadamente com precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira hipótese é mais fácil de ser superada, pois pode contar com todo o aparato tecnológico disponível para auxílio de identificação dos temas nos processos, como já é feito, por exemplo, no âmbito do projeto “Victor” (BRASIL, 2018), do STF. Ferramentas de tecnologia e de inteligência artificial, sem dúvida, podem auxiliar bastante as partes e os julgadores no amplo conhecimento do que está tramitando em sede de repetitivo nos tribunais superiores, se há ordens de sobrestamento ou se a matéria já foi julgada em caráter vinculante.

A segunda possibilidade sobre as razões da ausência de citação dos temas nos processos investigados exige, contudo, mais cuidados. Com efeito, não basta ter ciência de que determinada matéria de Direito já foi objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, inclusive – como vigente no sistema brasileiro – com caráter de vinculação. O trabalho com precedentes exige uma verdadeira cultura jurídica diferenciada que valorize, como destaca Dworkin (2017, p. 176), uma força gravitacional de aplicação decorrente de um apelo principiológico para que casos semelhantes recebam tratamentos similares, e não meramente em razão de determinações legislativas de vinculação.

Pesquisas futuras podem adicionar outras metodologias de investigação, como entrevistas com os profissionais identificados nos processos observados ou uma análise mais qualitativa das decisões que façam referência às teses vinculantes, para buscar entender por quais motivos esses julgados não foram citados nos casos estudados ou, se foram, como é a cultura jurídica brasileira no trabalho concreto com precedentes.

Nesse sentido, entrevistas poderiam aprofundar o grau de conhecimento ou desconhecimento das teses fixadas pelos tribunais superiores. Outrossim, estudos com foco nas decisões que citaram os precedentes seriam importantes para um detalhamento sobre qual a concepção de precedentes que os magistrados brasileiros têm e como compreendem a força de vinculação do sistema.

Sem dúvida, o presente trabalho pode servir como ponto de partida para a continuidade de outras investigações, de outros questionamentos, capazes de fornecer mais respostas para aperfeiçoar o sistema judicial brasileiro, torná-lo mais eficiente, célere e coerente, e, consequentemente, fortalecer o Estado Democrático de Direito no Brasil.

CONCLUSÃO

O modelo de precedentes consolidado pelo CPC/2015 parte do pressuposto de que caberia aos tribunais de vértice fixar suas teses vinculantes nos mais diversos assuntos, e, como consequência, os milhares de casos tidos como semelhantes sofreriam um processo de aplicação quase automática por parte do Poder Judiciário nacional, o que traria coerência e integridade ao ordenamento jurídico.

A presente pesquisa mostrou, contudo, que, em relação aos dois temas do STJ – 766 e 1038 –, reconhecidos como originários do TJCE, os processos continuaram, nesse tribunal, tramitando praticamente desconectados do julgamento dos processos paradigmas.

O problema foi primeiro identificado a partir dos próprios dados insuficientes do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes do TJCE, que possui ciência e controle de apenas 0,49% da totalidade de processos do tribunal.

Outro achado importante foi em relação à obediência das ordens de sobrestamento nacional. Como se constatou, em ambos os temas pesquisados, apenas 5,7% dos processos que compuseram a amostra calculada pela ABJ foram devidamente sobrestados.

Finalmente, a análise das decisões, das sentenças e dos acórdãos relativos aos citados temas consolidou o diagnóstico de uma disfunção no funcionamento do sistema de precedentes, pelo menos no âmbito do TJCE. Com efeito, quanto ao tema 766, em 97,2% dos casos pesquisados nada foi dito nos autos sobre a decisão do STJ. Em relação ao tema 1038, em 80% dos casos não houve nenhuma discussão sobre a aplicabilidade ou não da tese fixada pelo STJ.

Os temas aqui pesquisados são simples e de fácil memorização e envolvem matérias altamente conhecidas nas lides judiciárias, expressamente reconhecidas pelo STJ como objeto de discussão no TJCE, o que torna o problema ainda mais evidente. Se a insuficiência de sobrestamento e de referência nos julgados ocorre com temas de tais características, revela-se bastante provável que em outros menos conhecidos e mais complexos a situação seja ainda pior.

Do ponto de vista da jurimetria, as análises aqui realizadas não são voltadas para um estudo das normas que regulamentam o uso de precedentes no Brasil, mas, efetivamente, para qual tem sido o efeito concreto, o comportamento humano, no uso e na aplicação dessas normas.

Nesse sentido, os dados coletados no TJCE apontam para uma realidade descompassada do modelo proposto pelo CPC/2015, problema esse, ressalte-se, que não fica restrito ao Poder Judiciário, replica-se em diversas instituições do sistema de justiça. Com efeito, nos processos estudados sobre a legitimidade do MP para requerer benefícios no campo da saúde para pessoas específicas, verificou-se que nem o MP suscitou a aplicabilidade do tema, mesmo após seu julgamento pelo STJ, como forma de argumentar em defesa de sua pretensão. Da mesma forma, não houve suscitações para fins de suspensividade por parte das Fazendas Públicas quando do sobrestamento nacional. No debate sobre a problemática da taxa de administração, esse fenômeno também se repetiu, sendo praticamente inexistente a suscitação do tema 1038 pela advocacia nos processos analisados no Ceará.

Conclui-se pelos dados coletados que o problema é grave, envolve principalmente o Poder Judiciário, mas também as demais instituições do sistema de justiça, e trata-se, na verdade, de uma disfunção do próprio modelo de gerenciamento de precedentes no Brasil. Há um inegável desconhecimento de muitos dos temas já fixados, os quais já superam a ordem das mil teses, seja no STF, seja no STJ.

A constatação é de que qualquer discussão jurídica, ainda que simplória, atualmente tem o potencial para vir a ser uma tese vinculante, ainda que na essência essa matéria já poderia ter sido resolvida pela *ratio decidendi* resultante de outros julgados já deliberados. O achado relativo ao tema 1038 comprova essa afirmação. Como visto, quando a matéria foi suscitada ao STJ pelo próprio TJCE, em meados de 2019, os processos que estavam sendo distribuídos nas varas de Fazenda Pública já traziam uma peculiaridade não pensada quando da análise primeira do problema.

Em casos como esse, a solução não deve passar por outra suscitação da matéria ao STJ, ou ainda por uma mera distinção dos casos. Para o adequado funcionamento do modelo de precedentes, conclui-se ser imprescindível que todos os componentes do sistema de justiça conheçam as matérias objeto de discussão dentro da sistemática dos repetitivos. Mas não apenas isso, é preciso que saibam extrair a *ratio decidendi* do que efetivamente já foi trabalhado em outros casos semelhantes para a solução dos casos presentes. Sem dúvida, isso evitaria a multiplicidade de temas e teses e, conseqüentemente, também facilitaria o conhecimento dessas matérias.

Programas como “Leia”, de iniciativa do TJCE (CEARÁ, 2019), ou como o “Victor” (BRASIL, 2018), do STF, os quais utilizam a inteligência artificial para identificar palavras-chave em processos repetitivos, são importantíssimos e devem ser cada vez mais consolidados. Apesar de fundamentais, eles por si sós não resolverão os problemas aqui identificados quanto ao modelo brasileiro de precedentes consolidado pelo CPC/2015. É imprescindível um treinamento de todos que trabalham no sistema de justiça para que possam ter uma visão mais aprofundada do trabalho com precedentes. Como destaca Streck (2018, p. 50), é preciso romper com o atrelamento antigo do esquema sujeito-objeto, que resulta na insuficiência das deduções fundadas na subsunção.

A pesquisa jurimétrica aplicada neste estudo, com foco no TJCE, oferece um ponto de partida importante para o desenvolvimento de uma metodologia de análise acerca do modelo de precedentes judiciais em execução no Brasil. Deve-se investigar se os milhares de processos que correm nas mais diversas instâncias judiciais brasileiras estão sendo minimamente identificados e, em caso positivo, se estão recebendo algum tipo de tratamento diferenciado, do ponto de vista argumentativo, quando seus paradigmas são apreciados pelas cortes de vértice. Os resultados da pesquisa no âmbito do TJCE colocam em dúvida a efetividade do modelo de precedentes preconizado pelo CPC/2015, principalmente em seus ideais de integridade e coerência.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA (ABJ). *Amostra de Pesquisa Aleatória*. [S. l.]: [s. n.], 2020. Disponível em: <https://gist.github.com/jtrecenti/f63f2a56a883edd04a1acc495a534c94>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema 1038*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1038&cod_tema_final=1038. Acesso em: 7 dez. 2020a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema 766*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=766&cod_tema_final=766. Acesso em: 7 dez. 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. [S. l.]: STF, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/584499448/inteligencia-artificial-vai-agilizar-a-tramitacao-de-processos-no-stf#:~:text=Intelig%C3%Aancia%20artificial%20vai%20agilizar%20a%20tramita%C3%A7%C3%A3o%20de%20processos%20no%20STF,-Salvar&text=Batizado%20de%20VICTOR%2C%20a%20ferramenta,aplica%C3%A7%C3%B5es%20de%20IA%20no%20Judici%C3%A1rio>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 235, de 13 de julho de 2016*. [S. l.]: CNJ, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2312>. Acesso em: 7 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 dez. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. *Vice-Presidência executa programa de inteligência artificial no TJCE*. [S. l.]: TJCE, 2019. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/vice-presidencia-executa-programa-de-inteligencia-artificial-no-tjce/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

DUXBURY, Neil. *The Nature and the Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

GUEDES NUNES, Marcelo. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luis Guilherme. *O julgamento das cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Jurisprudência instável e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. p. 433-471.

SÁ, Alexandre Santos Bezerra. *A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o novo paradigma epistemológico das ciências: um estudo a partir da experiência no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*. São Paulo: Dialética, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – o Sistema (sic) de precedentes no CPC? *Revista Consultor Jurídico*, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 16 jun. 2019.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SÁ, Alexandre Santos Bezerra; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CAMINHA, Uinie. Precedentes judiciais: uma análise jurimétrica no Tribunal de Justiça do Ceará. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2233. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202233>

Alexandre Santos Bezerra Sá

DOUTORANDO E MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA (UNIFOR). MBA EM GESTÃO PÚBLICA PELA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). PÓS-GRADUADO EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB). PESQUISADOR VOLUNTÁRIO DA LINHA JURIMETRIA E PODER JUDICIÁRIO DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO CEARÁ (ESMEC). JUIZ DE DIREITO E ATUAL COORDENADOR DA ESMEC.

alexandresantosbsa@gmail.com

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

DOUTOR EM CIÊNCIAS SOCIAIS PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (UNICAMP). PROFESSOR TITULAR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL DA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA (UNIFOR). PROFESSOR ADJUNTO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC).

gfeitosa@unifor.br

Unie Caminha

DOUTORA EM DIREITO COMERCIAL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). PROFESSORA TITULAR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA (UNIFOR). PROFESSORA ASSOCIADA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC).

ucaminha@unifor.br

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brazil
<https://orcid.org/0000-0002-8924-089X>

2 Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

3 Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Córdoba, Argentina
<https://orcid.org/0000-0001-8190-907X>

4 Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Peru
<https://orcid.org/0000-0002-2656-0589>



Anti-Abortion Mobilization in Latin America: Signs of a Field in Transformation

MOBILIZAÇÃO ANTI-ABORTO NA AMÉRICA LATINA: SINAIS DE UM CAMPO EM TRANSFORMAÇÃO

Marta Rodriguez de Assis Machado¹, María Angélica Peñas-Defago^{2,3}
and Camila Gianella Malca⁴

Abstract

Gender and sexuality have become a focal point of the political divide in Latin America. In many countries, religious actors, political leaders, pro-life and pro-family nongovernmental organizations (NGOs), among others, have come together to promote a neoconservative shift in contemporary regional politics.

Despite the constant public presence of religious actors and their long-standing influence on public policies in the region, recent challenges to sexual and reproductive rights have come from a field in transformation. The anti-abortion mobilization shows important signs of adaptation and mutation on different fronts – networks, alliances, strategies, and frameworks. Finally, this process of renovation has led to the expansion of this dispute towards a broader anti-gender alliance, and the increasing importance of legal strategies and tools by anti-abortion actors is remarkable. The transformations in the anti-abortion field were globally put into action after the conservatives' defeat in the UN Conference in Cairo, and they also interacted with different local processes, in response to the relational dynamics between movement and countermovement. However, we can see important convergences among Latin-American cases. Drawing on evidence from case studies of countries in the region, this article analyses the main characteristics of contemporary anti-abortion activism in Latin America. It identifies significant commonalities among the cases and raises the hypotheses that shifts in the composition of the anti-abortion networks, in mobilization strategies and frames are inserted in a trend that has been transnationally diffused and subject to different processes of vernacularization. This article ultimately calls attention to the need for more empirical research to address the regional dynamics of transnational actors, diffusion processes, and local adaptations.

Keywords

Anti-abortion movement in Latin America; abortion; sexual and reproductive rights; anti-gender campaigns; mobilization and countermobilization; neoconservatism; Latin America.

Resumo

Gênero e sexualidade tornaram-se um foco de polarização política na América Latina. Em muitos países, atores religiosos, líderes políticos e organizações não governamentais (ONGs) "pró-vida" e "pró-família", entre outros, uniram-se para promover uma mudança neoconservadora na política regional contemporânea. Apesar da constante presença pública de atores religiosos e de sua influência de longa data nas políticas públicas da região, os ataques recentes aos direitos sexuais e reprodutivos vêm de um campo em transformação. A mobilização anti-aborto mostra importantes sinais de adaptações e mutações em diferentes frentes – em redes, alianças, estratégias e enquadramentos. Finalmente, esse processo de renovação levou à expansão do próprio campo de disputa para um campo ampliado da aliança antigênero, sendo digna de nota a importância crescente de

estratégias e ferramentas legais para atores antiaborto. As transformações no campo do antiaborto foram colocadas em marcha globalmente com a derrota dos conservadores na Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) no Cairo e interagiram com diferentes processos locais, respondendo às dinâmicas relacionais entre movimento e contramovimento. De qualquer modo, observamos convergências importantes entre os casos latino-americanos. A partir de evidências de alguns estudos de caso de países na região, este artigo analisa as principais características do ativismo antiaborto na área e identifica os pontos comuns entre os casos, levantando a hipótese de que as mudanças atuais na composição das redes antiaborto, suas estratégias de mobilização e enquadramentos indicam uma tendência difundida transnacionalmente, embora sujeita a diferentes processos de vernacularização. O texto, em última instância, chama a atenção para a necessidade de mais pesquisa empírica para acessar as dinâmicas regionais de atores transnacionais, processos de difusão e adaptações locais.

Palavras-chave

Movimento antiaborto na América Latina; aborto; direitos sexuais e reprodutivos; campanhas antigênero; mobilização e contramobilização; neoconservadorismo; América Latina.

INTRODUCTION

The recent actions of neoconservative actors worldwide against sexual and reproductive rights (SRR) have fueled concerns about their negative impacts. One example of these concerns is the call made by a group of United Nations (UN) experts to resist the global battle against SRR deployed by conservative religious groups. These groups' agenda is undermining women's and girls' capacity to make decisions about their own bodies and to receive comprehensive sex education (BENNOUNE, 2017). This is not the first warning that the UN has made regarding this phenomenon. The UN Special Rapporteur on Cultural Rights has also documented the role of fundamentalist and extremist ideologies in the abuse of women's human rights by state and non-state actors, as well as the need to campaign against that abuse and the ideologies that give rise to it (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2017). In 2020, the Special Rapporteur on freedom of religion or belief also highlighted how religious beliefs are invoked as a legitimate justification for violence or discrimination against women, girls, or LGBTQ+ persons (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

In Latin America, gender and sexuality have become a focal point of the political divide. Abortion, women and LGBTQ+ rights, as well as sex education in schools, have entered the core of political battles in several countries, increasingly occupying space in electoral disputes and linking certain political actors to a broader conservative political agenda. "Con-

servative” (MUJICA, 2007), “religious conservative” (ROSTAGNOL, 2010), “reactive politicization” (VAGGIONE, 2005), “fundamentalist” (VUOLA, 2005), “backlash mobilization” (RUIBAL, 2014; MACHADO, 2018), and “anti-gender movement” (PATERNOTTE, 2015) are among the terms used to describe such broad opposition to SRR. Other authors, using the concept of “neoconservatism” (GIANELLA-MALCA *et al.*, 2017; BIROLI, MACHADO and VAGGIONE, 2020; LACERDA, 2019), focus on the existence of political rationality and alliances — between religious and non-religious actors, as well as between moral conservative and neoliberal forces — that produce a form of political resistance to cultural and political changes expressed through the regulation of sexual morality (BROWN, 2006 and 2019;¹ COOPER, 2017).

While analyzing cases in different countries, we have noticed that religious actors, political leaders, pro-life and pro-family nongovernmental organizations (NGOs), among others, have become important actors in the neoconservative wave in contemporary regional politics. These actors’ stated goals are to prevent, reverse, or restrict the legalization of abortion. Still, they have reconfigured their alliances and goals to oppose more broadly any measure aimed at gender and sexual orientation equality, such as recognizing same-sex marriage and transgender rights, in addition to promoting sex education in schools. It is important to highlight their shared commitment to traditional norms of masculinity, femininity, sexuality, and reproduction, forming a barrier against the “threats” to traditional moral and family values posed by feminist and LGBTIQIA+ movements (VAGGIONE, 2005; PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2016).

Despite the constant public presence of religious actors and their long-standing influence on public policies in the region, the recent challenges to abortion and, more broadly, to sexual and reproductive rights are visibly arising from a field in transformation, which shows signs of adaptation and mutation in the networks, alliances, strategies, and frameworks. This article aims to grasp the main shifts in the trajectory of anti-abortion activism in the region by collecting illustrations from different Latin American countries. It calls attention to the formation of a conservative wave in Latin America, where we see strong signs of reconfiguration and expansion of the anti-abortion field towards a large alliance and audience organized around “anti-gender” campaigns. It also highlights the need for systematic studies that deepen our understanding of regional dynamics, transnational diffusion, and comparisons among different local contexts.

We used primary data of empirical research conducted in some Latin-American countries (Argentina, Brazil, Colombia, Mexico, Peru, and El Salvador), complementing it with the

...

1 Brown (2019) revised her theoretical proposal. She now proposes that more than a confluence, the foundations of current neoconservatism and its defense of tradition are at the very roots of neoliberal thought.

small, but growing literature on the rise of conservative actors in the region (MACHADO, 2012; VAGGIONE, 2012; LEMAITRE, 2013; PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2014; RUIBAL, 2014; REZENDE, 2016; GIANELLA-MALCA *et al.*, 2017; MACIEL and MACHADO, 2017; CORRÊA, 2018; GIANELLA-MALCA, 2018; MACHADO, 2018; QUADROS and MADEIRA, 2018; MONTE and VAGGIONE, 2019; MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2020; VAGGIONE and MACHADO, 2020; VAGGIONE and MORÁN FAÚNDES, 2021). Most part of our analysis is rooted in the mobilization within the abortion field, considering it one dimension of the neoconservative mobilization phenomenon. For the purpose of this paper, we refer to the field as *anti-abortion* activism, warning the reader that it is a transitional solution as the expansion of anti-abortion mobilization into a broader “anti-gender” or “neoconservative” mobilization is the object *per se* of this article.

Based on examples and discussions of country-specific episodes, we have traced the main common signs of adaptation of activism, strategies, and framework, which allowed us to formulate the hypothesis that anti-abortion activism has undergone important transformations in the region, expanding its incidence to different fronts. In the different Latin American countries that were analyzed, anti-abortion actors have started to use mobilization tactics generally used by progressive movements, such as marches, protests, litigation, and media campaigns. In some cases, they have also successfully built alliances with formal state institutions, partnered with local political parties, and participated in networks of local, national, and transnational civil society organizations comprising religious, interreligious, and secular groups. The secularization of discourse happened while religious frameworks lost their space to rights language, including disputes around the meaning of human rights. The anti-abortion field has been permeated by litigation, battles of legal interpretation, as well as the professional organization of lawyers, jurists, and think tanks.

The transnational advocacy networks once identified for progressive movements and particularly women’s movements (KECK and SIKKINK, 1998; MERRY, 2006) now seem to be operated by their opponents. Anti-abortion actors are deeply inserted in transnational networks that diffuse their agenda. By analyzing different cases in Latin America, we find traits and influences of strategies and frameworks circulating in the transnational arena. These innovations are diffused internationally and incorporated nationally through processes of *vernacularization*. Levitt & Merry (2009) define vernacularization as the process of connecting transnationally available ideas with a locality, a process in which repertoires and frameworks “[not only] take on some of the ideological and social attributes of the place, but also retain some of their original formulations.” Thus, vernacularization depends on contextual political processes, responding simultaneously to international ideas and specific features of the local dispute. International diffusion interacts with local opportunities, which also guides adaptations and reshaping (LEVITT and MERRY, 2009, p. 452). In this sense, it is important to acknowledge that transnational trends are subjected to local processes of selection and adaptation with different dynamics, which helps explain the

reason why countries similarly influenced by transnational ideas and strategies are undergoing different developments in the region.

This article does not intend to provide a deep analysis of the different dynamics of vernacularization and the particularities of each political context. We do not intend to go deeper in demonstrating the transnational dynamics and coordinating forces behind those processes, nor cover all Latin American countries. However, by following some national cases, we evidenced that there is something new and orchestrated going on in the anti-abortion field in the region. Thus, we do aim to call attention to the formation of a clear general pattern and to the need for more empirical research to deepen our understanding of how the “anti ‘gender ideology’ crusades” (CORRÊA, 2017) spread in Latin America, as well as how they interact with a complex and multidimensional local process that encompasses a diversity of actors and networks by creatively making choices and decisions about strategies, arenas, and frameworks, in addition to adapting them to local socio-cultural and political contexts.

We will proceed as follows. Section one presents the relational theoretical framework we used to understand the phenomenon, which allowed us to see the renovation of the anti-abortion field in the region longitudinally as a reaction to previous threats and advances of feminist, pro-abortion, and LGBTQ+ movements. Section two presents an overview of the main innovations regarding actors and alliances of several countries in the region, which indicates shifts in the profiles of organizations and actors, in addition to the expansion of the anti-abortion network toward party politics and civil society mobilization vis-à-vis the previous centrality of the Catholic Church. Sections three and four analyze the diversification of the repertoire of actions used by anti-abortion actors, such as campaigns, incidence on electoral cycles, and street protests, calling attention to the increasing prominence of legal mobilization strategies and rights frameworks. Finally, section five highlights the use of “gender ideology” as a master framework that redefines the borders of the field itself and boosts alliances across different movements engaged in the defense of a conservative sexual morality under the idea that “gender ideology” threatens traditional family values. While the limits of this article do not allow us to go deep into each case study, we hope that the examples pinpointed hereto flag the shifts taking place in the Latin-American anti-abortion field, signaling its expansion and strengthening. Finally, we aim to call attention to the need for more in-depth studies of neo-conservative mobilization and alliances to broaden the understanding of the current challenges faced by sexual and reproductive policies in the region.

I. MOVEMENTS AND COUNTERMOVEMENTS’ DYNAMICS: THE ANTI-ABORTION REACTION TO SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS

In a contextual and relational approach to political conflict, the confrontation between social movements and their opponents generates a chain of actions and reactions, in which

mobilizations and achievements of each side change the balance of opportunities, restrictions, and threats for the other one, triggering a reaction (USEEM and ZALD, 1982; BANASZAK and ONDERCIN, 2010; MEYER and STAGGENBORG, 1996; DELLA PORTA and DIANI, 2006). Understanding the relational approach of contentious politics does not mean that backlash is decisive or that backfire reactions are always able to reverse conquests (CORREDOR, 2021). We aim to locate the process of renovation and reorganization of the anti-abortion field as a reaction to victories by feminist and LGBTIQ+ groups in different instances, both in international and domestic arenas (VAGGIONE, 2005; RUIBAL, 2014). On the international front, even with the presence of conservative alliances in UN conferences and several strategies employed by the Vatican, they could not avoid various victories by the feminist movement: the UN Conference in Vienna (1993) launched the women's human rights framework and supported measures to address violence against women; the UN Conference on Population and Development (Cairo, 1994) reaffirmed women's rights as human rights, and moved the control of fertility from the demographic matrix to reproductive rights with the word *gender* appearing for the first time in an official international document; the Fourth World Conference on Women (Beijing, 1995) reassured women's right to "control all aspects of their health, especially their own fertility" (FRANCO, 1998).

The defeat of anti-abortion forces in the UN Conferences set in motion counteractions in the anti-abortion field transnationally (LEMAITRE, 2014). After Cairo and on the eve of the Beijing Conference, Pope John Paul II launched the Encyclical *Evangelium Vitae* (Gospel of Life) to denounce the "culture of death" promoted by international institutions. The document called on Catholics to organize and target legislators and to consider women who have once aborted, especially the poorest ones, as victims of social circumstances and scientific misinformation about the beginning of life.

Meanwhile, UN World Conferences served as tools to boost mobilization in domestic arenas. A new generation of globalized women's organizations and activists were forged in the conferences and the many fora promoted by them (ALVAREZ, 1997). Those activists, deeply connected in a transnational advocacy network, managed to use international resources and framework to mobilize and advance the reproductive rights agenda domestically through grassroots strategies, courts, health guidelines, and bills of law (MONTAÑO, 1996).

The UN Conferences were also used as spaces of transnational connection for the anti-abortion coalition, which included the Vatican, the Catholic States, pro-life US politicians, and the US-based organization Human Life International (HLI). HLI started to fund lobby campaigns, partner with local institutions (such as Pro Vida Mexico), and create local chapters across Latin America throughout the 90s. This transnational anti-abortion network developed its expansion in Latin America and was an important structure for streamlining the reaction to the sexual and reproductive rights paradigm.

The rearrangement of the field happened at different paces, through various configurations and particularities, depending on local processes of vernacularization. Moreover,

domestic anti-abortion mobilizations were also connected to other political processes and contexts, for example, the rise of Christian politicians in several countries in the region and, in some cases, the rise of a broader right-wing populist wave in response to an array of factors, from corruption scandals to inequality, public safety issues and economic stress (BOB, 2012).

In this sense, the position of actors in the field, the alliances, as well as the legal and political balance of opportunities at a local level are crucial to understand why and how transnational trends find their way through national political processes, why they are more successful in some countries than others, and why the recent strengthening of anti-gender advocacy does not manage to simply revert conquered rights. By analyzing the trajectories of abortion battles in the countries across Latin America, we see a variation in regulations, as well as a shifting and volatile scenario. The most recent developments in Argentina, Mexico, and Colombia² brought new hopes to the region; while in the opposite direction, many countries are still dealing with the reality or the threat of total bans on abortion.³ Such heterogeneity is explained by the complex and different socio-political contexts and domestic balances of legal and political opportunity structures. In this article, rather than following each political process, we are more interested in finding common traces of innovation inside the anti-abortion field in different contexts, catalyzed by a transnational process of circulation of new repertoires set in motion by the anti-abortion defeat in Cairo (LEMAITRE, 2014).

2. DIVERSIFICATION OF ACTORS AND RECONFIGURATION OF ALLIANCES TOWARDS PARTY POLITICS AND CIVIL SOCIETY MOBILIZATION

The specialized literature shows the long-standing presence and key role occupied by the Catholic Church in disputes over sexual politics across Latin America, the most Catholic continent of the world (HTUN, 2003; VAGGIONE, 2005; LEMAITRE, 2013; RUIBAL, 2014; PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2014; VAGGIONE and MACHADO,

...

- 2 In Argentina, since 2021, abortion is allowed until the fourteenth gestational week. After that, it is only permitted in case of rape or to preserve the woman's health or life. In Mexico, in 2021, the Supreme Court issued a decision that allows abortion within a short period of time (early pregnancy). In Colombia, in 2022, the Constitutional Court issued a decision that allows abortion until the twenty-fourth gestational week. Cf. Center for Reproductive Rights (2021).
- 3 In Latin America and in the Caribbean, there are laws that impose the total prohibition of abortion in Suriname, Nicaragua, Honduras, El Salvador, the Dominican Republic, Jamaica, and Haiti (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2021).

2020). However, the field has recently undergone significant changes, amplifying the alliances and diversifying the profile of activists and organizations. In a field formerly dominated and led by the Catholic Church, we now see an assortment of actors – other churches (mainly Evangelical Churches), pro-life and pro-family NGOs, Christian politicians, and professional organizations (such as pro-life lawyers or doctors), research centers and think tanks.

Catholics and Evangelicals⁴ have historically experienced tensions with each other (rooted in many cases in the Catholic Church’s privileges). Their competition has been acute in Latin America, where the emergence and spread of the Evangelical Churches from the Neopentecostal movement in the 2000s had an impact on the Catholic audience (RELIGION..., 2014). However, their shared resistance to sexual and reproductive rights enabled the creation of a common agenda. Advances in sexual and reproductive rights in national and international arenas prompted the alliance, both on transnational and local scales. Catholics and Evangelicals did not become allies only in international forums (SAMUEL, 2007). In several Latin American countries, both sectors have coordinated actions and statements against a more pluralistic sexual agenda (SANTANA, 2020). In Argentina, for instance, in the years of 2018 and 2020, the Catholic Church and different Evangelical Churches came together in different public actions to oppose the congressional debate over the legalization of abortion (LÓPEZ and LOZA, 2021). Before that, they also forged a series of alliances to oppose same-sex marriage, which were legalized by Argentina in 2010 (VAGGIONE and JONES, 2015). In Brazil, a cross-religious and cross-party alliance was formed in 2006 (MACIEL and MACHADO, 2017).

The anti-abortion alliance with the Evangelical Church created a gateway to party politics. Evangelical Churches have been increasingly disputing electoral positions with Christian politicians and parliamentary alliances across the region. Over the last twenty years, Evangelical representatives have entered party politics and evidenced an increasing presence in parliaments in Argentina, Bolivia, Costa Rica, Brazil, Chile, Honduras, El Salvador, Mexico, and Peru, among other countries (PASSARINHO, 2019; HINZ, VINUTO and COUTINHO, 2020). In fact, the emergence of confessional Evangelical political parties in several Latin American countries is considered as the main novelty in party systems that changed very little during the continent’s re-democratization processes initiated in the 1980s (SILVA, 2018; MARIANO and GERARDI, 2019; SMITH, 2019). One of the main agendas—and often the

...

4 In this article, we used the general term “Evangelical” without ignoring the fact it is actually less uniform than it looks and is composed of different churches. In recent years, many Protestants and Pentecostals have preferred to identify themselves by the specific name of their denomination and by the generic term “Christian” (ALMEIDA, 2017).

foundation of the party platform—pursued by Evangelical and Christian lawmakers is the battle against gender and LGBTQ+ rights (JONES and CARBONELLI, 2012). In Paraguay and Brazil, both of the two elected presidents in 2018, respectively Mario Abdo Benítez and Jair Bolsonaro articulated speeches against LGBTQ+ rights and abortion. They received the strong support of conservative Christian movements. In Brazil, at least since the last decade, Evangelical and pro-life congressional representatives were already influential forces in Parliament and had efficiently blocked the expansion of reproductive and LGBTQ+ rights through legislation. In Costa Rica, opposition to LGBTQ+ rights was boosted among Evangelical groups after the Interamerican Court of Human Rights decision that obliged the State to ensure equal rights to same-sex marriage (MORGAN, 2021a). The Evangelicals' reaction led Fabricio Alvarado, a gospel singer and TV presenter, to significantly rise in the polls (from 3% to 25%), even though he did not eventually win (MACEDO and JACOBUCCI, 2020). Despite different levels of success, the new trend identified in various countries is the forged alliances between religious institutions, mainly Evangelical, and traditional political parties that share their moral and political agenda (VAGGIONE and MORÁN FAÚNDES, 2021; SANDOVAL and ASCARZA, 2021).

Furthermore, new political actors were evidenced and gained importance by connecting civil society actors and party politics. After the 2018 legislative debate on abortion in Argentina, a new political party—the Blue Party—was created. The Blue Party is the first political party in Argentina whose main objective is to promote “the protection and defense of human life from conception to natural death.”⁵ The party is supported by Catholic and Evangelical leaders, pro-life NGOs, former legislators, and national officials. An interesting aspect of their political platform is their perspective on the state's economic and social role (MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2020), clarifying the alliance between moral conservatives and neoliberalism. They support a free-market model and reduce the state's essential functions to lower the fiscal deficit. The budgetary deficit is related to the idea that external debt would motivate the state to follow anti-natalist and pro-abortion policies. The creation of this type of political party is not exclusive to Argentina. The Republican Party was created in Chile, 2019, and presented similar principals and policy platforms (MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2020).⁶

In Brazil, the Evangelical presence in congress has significantly increased since 2014, with an amount of 85 Congressmen in the House of Representatives and seven senators elected in 2018 (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR,

...

⁵ See Partido Celeste (s.d.).

⁶ See Partido Republicano (s.d.).

2018), parliamentary caucuses became crucial in organizing the conservative opposition. Parliamentary caucuses have played a particular role in the creation of the current conservative obstacle in Parliament – nicknamed “BBB caucus”, *Boi* (cattle), Bullet and the Bible (QUADROS and MADEIRA, 2018) – a coalition that currently blocks any advance in the sexual and reproductive agenda. Parliamentary fronts or caucuses have existed in Brazil for a long time as institutionally loose structures that congregate politicians from different parties and ideologies around a common interest, such as business people, the agricultural sector, and the transportation sector (LOPES, 2013). Since its creation in 2003, the Parliamentary Evangelical Caucus has forced taxations for churches as well as for sexual and moral issues, with anti-abortion bills as a primary object of action. A specific anti-abortion caucus was formed in 2006, and a pro-life and pro-family parliamentary caucus was created in 2019. These caucuses often work in alliance with each other, joining forces with other conservative caucuses. Parliamentary caucuses and their great influence are specific to the Brazilian context. The fact is that, by using different configurations, anti-abortion activism has joined electoral disputes and party politics in anti-abortion and anti-gender battles, and has become an important tool for gaining voters who are prone to populism, especially among Christian conservatives.

But this was not the only innovation in the reconfiguration of the anti-abortion field. Besides joining party politics and the parliamentary arena, coalitions between churches and civil society actors have increasingly occupied public spaces. In response to the positive results achieved by the feminist and LGBTIQ+ movements in international conferences and national policies in many countries in the region, new organizations were founded on the civil society front, beyond the structures managed by the churches. This process of conservative “NGOization” of neo-conservatism (VAGGIONE, 2005) has evolved in different directions. Although the first conservative NGOs identified themselves as having Catholic roots, in recent years a series of similar NGOs have also emerged in the Evangelical field (VILLAZÓN, 2014; MORÁN FAÚNDES, 2015; PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2016). Some of them are confessional but not necessarily linked to the structure of the churches. Others were completely originated from religious references using pro-family frames or presenting themselves as bioethical institutes, think tanks, scientific-educational, and professional organizations, such as pro-life doctors or lawyers (SIVERINO BAVIO, 2013; IRRAZÁBAL, 2011; MORÁN FAÚNDES, 2015). As Vaggione (2005) points out, the adoption of a secular position is a strategy for achieving greater influence in the public debate and penetrating spaces to which access would be difficult with a discourse expressly based on faith and religious dogma.

In Brazil, the national movement Brazil without Abortion – National Movement of Citizens for Life (*Brasil Sem Aborto – Movimento Nacional da Cidadania pela Vida*), created in 2006, is a self-declared supra-party and supra-religious organization, which presents itself as a group of “professors, students, lawyers, religious and community leaders, jurists and renowned

scientists” who work “in a structured way to guide actions and arguments based on evidence and research in the field of genetics, embryology, bioethics, and on current legislation” (BRASIL SEM ABORTO, *s.d.*). This is a clear statement of its societal roots and its anchoring both in science and law. Other examples in the region of these NGOs are Frente Joven (Argentina, Peru, Ecuador, and Paraguay), the MELISA Institute (Chile), Centro de Bioética, Persona y Familia (Argentina), the NGO Desarrollo Familiar Población (Guatemala), Centro de Investigaciones Sociales Avanzadas (Mexico), among others (MORÁN FAÚNDES *et al.*, 2015; GIANELLA-MALCA, 2018).

These organizations have also demonstrated remarkable transnational organizational capacity. Since the 1990s, international pro-life NGOs such as Human Life International have influenced and provided mobilization expertise for local organizations across the region (PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2014). The foundation of new organizations connected to transnational activism increased throughout the region in the last decade. In 2008, the organization Parlamento & Fe (Parliament & Faith) was created in Argentina as an international movement. One of their primary purposes is: “consolidate management teams in each country to promote the eternal values to and through the rulers” (PARLAMENTO & FE, 2020). The transnational scope of legal mobilization also became clear. For example, in the case of *Gretel Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, ruled by the Inter-American Court of Human Rights in 2012, in which more than 16 *amici curiae* were presented by conservative actors (LEMAITRE, SIEDER, 2017). Among them, we find leading transnational anti-abortion organizations, such as ADF International (Alliance Defending Freedom, formerly Alliance Defense Fund), the Center for Legal Studies at C-Fam, and Americans United for Life.

The analysis of different cases allows us to see the renovation of anti-abortion alliances in a two-pronged strategy —the partnership with Christian politicians and Evangelical Churches to influence electoral and parliamentary politics; and the rooting of anti-abortion efforts in civil society. The two axis are well articulated and complimentary, as strong social mobilization in civil society, comprising the organization of protests, marches, campaigns, study groups, philanthropic organizations, etc., and it is also a channel to electoral politics. Under the pro-life and pro-family scope, the anti-abortion movement has promoted alliances among political actors from different parties and interests, as well as civil society organizations, and churches. The alliance between political representation and societal mobilization has significantly empowered the anti-abortion agenda, which gained even more coverage with strategic movements towards secular discourses and the emulation of progressive movements’ strategies.

3. TOWARDS A LARGER ANTI-ABORTION REPERTOIRE OF ACTIONS

While the Catholic Church has been the main actor in the anti-abortion movement, its main mobilization strategy has been to pressure parliamentarians and other political authorities to

influence public policies (VAGGIONE, 2012; LEMAITRE, 2013). It was an invisible backstage work of authorities. As new actors have come onto the scene (such as Evangelicals and NGOs), a different repertoire emerged. The anti-abortion field was taken by the diversification and combination of its strategies, such as litigation, public campaigns, and street mobilizations. Moreover, advocacy before the legislative and executive branches has become more organic due to the Christian politicians, who have created parties, occupied seats in parliament and other public positions, and started to operate within state structures.

From Mexico to Argentina, abortion rights have gained remarkable salience and traction in political campaigns and party politics, with candidates and political leaders regularly publicly stating their positions regarding abortion (GIANELLA-MALCA *et al.*, 2017), and facing orchestrated political attacks from economic and religious elites if they support abortion rights (VITERNA, 2012). Governments that have advanced or openly defended legal abortion rights in the face of mobilized opposition have suffered electoral setbacks and damage to their ratings. In countries like El Salvador and Nicaragua, anti-abortion mobilizations encouraged political parties historically associated with the revolutionary Left to eschew traditional concerns for equality and religious freedom by making alliances with the Catholic Church, instead (VITERNA, 2012 and 2017). Since 2006, such campaigns have been used in Brazil (with the campaign “Vote for Life; Vote for a Candidate Who Defends Life”), when anti-abortion actors succeeded in highlighting the issue at the center of the electoral agenda, as well as in the elections in 2010, 2014, and 2018. In Peru, the same type of campaign has been used in the 2011 and 2016 electoral campaigns, and leading anti-abortion activists played a central role in the mobilization against the 2016 democratically elected government.

Elections have been used as important moments for connecting different strategies, whereby pro-life campaigns support the election of Evangelical or pro-life congresspeople. In Colombia, mobilizations based on anti-gender ideology were used in the “No campaign” against the peace agreement with the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC) in the national referendum, although it also represented other interests, such as concerns around land rights and the war on crime (CORREDOR, 2021). Electoral processes are becoming highly polarized in Argentina, Brazil, Chile, El Salvador, and Peru, and presidents are often elected in runoffs by the slimmest of margins. Religious conservative actors in the legislative branch have gained political power to negotiate directly with the executive (VITERNA, 2012; PECHENY *et al.*, 2011; GIANELLA-MALCA, 2017; MACIEL and MACHADO, 2017). In the 2010 Brazilian Presidential election, for example, the then-candidate Dilma Rousseff was pressed to sign a “Letter to the People of God” due to her previous position on abortion rights, committing herself not to advance abortion rights if elected.

Conservative politicians and political parties are well connected with societal mobilization. Recent studies identified the increased use of grassroots mobilization repertoires by right-wing and neoconservative movements during the conservative shift in the 2010s. Among

other themes, such as gun rights, demand for law and order (“mano dura”) policies, and anti-corruption reforms, the opposition to gender and sexual equality policies is identified as an important trigger of such mobilizations (MAYKA and SMITH, 2021; REUTERSWÄRD, 2021; CORREDOR, 2021; DIAS, VON BÜLOW, and GOBBI, 2021; GOLD and PEÑA, 2021).

The development of a protest politics routine became evident through the convening of marches, walks, protests, and blockades in front of courts, public buildings, hospitals, etc. in several countries across the region. In El Salvador (1997) and Nicaragua (2007), the pro-life movements (consisting of parliamentarians and members of civil society) have succeeded in convening hundreds of thousands of protesters for marches in support of bills to introduce absolute abortion bans (FEUSIER, 2012). The *Brazil without Abortion* movement (“Brasil sem Aborto”) facilitates massive annual marches at the headquarters of the Federal Government by bringing together several small, local pro-life and pro-family organizations dispersed throughout the country (REZENDE, 2016). These marches have been an important channel for disseminating and unifying strategies and frameworks. Yáñez (2021) explains that protests have been important occasions for anti-abortion organizations to recruit large groups of young people.

Anti-abortion street mobilizations have been massive and visible outside the institution’s buildings in the last crucial decisions made in the region. During the Argentinian debate about abortion liberalization in Congress, hundreds of pro and anti-abortion activists – identified as “greens” versus “blue” were summoned and remained for days in the congress surroundings to follow the voting (FELITTI and MORALES, 2020). The same happened in the recent Colombian trial, when supporters of decriminalizing abortion and their opponents stood outside the courtroom, separated by fences (TURKEWITZ, 2022). During these processes of legal reform, the conservative actors created key alliances with numerous media and professional organizations (FEUSIER, 2012; PEÑAS DEFAGO, MORÁN FAÚNDES, and VAGGIONE, 2018).

Large demonstrations also took to the streets in reaction to recent positive developments for SRR activists. In Mexico (2021), after the Supreme Court of Justice of the Nation (SCJN) ruled the criminalization of abortion unconstitutional, and thousands of protesters took to the streets across the country, in a national march “A Favor de la Mujer y de la Vida”, (“To Support Women and Life”) to express opposition (MENA, GARCÍA, 2021). In Colombia (2022), the “Movilización Nacional por la Vida” (“National Mobilization for Life”) was organized by more than 15 civil society organizations against the recent rule by the Constitutional Court of Colombia that decriminalized abortion up to 24 weeks of gestation (CIENTOS, 2022).

A systematic data collection and analysis of anti-abortion protest politics in the region is still inexistent. In addition to the visible facet of protest politics, the social texture of anti-abortion activism in Latin America also comprises micro-mobilization strategies silently conducted by civil society organizations, such as bioethics institutes, health providers, and

professional organizations that aim to spread conscience objection among health professionals as a form of civil disobedience, to hinder the implementation of reproductive rights. Conscience objection (CO) has been a known and a growing form of denying access to abortion rights in different Latin American countries since the 1990s (PEÑAS DEFAGO, 2010; IRRÁZABAL, 2011 and 2016; SIVERINO BAVIO, 2013). In a 2016 article, Uberoi and Galli (2016) warned that the use of CO to deny women their sexual and reproductive health rights was increasing in Latin America, where few countries had regulations on the subject, which meant both an opportunity for abusing the right of conscience and a serious threat to reproductive health services such as emergency contraception and legal abortion.

All in all, acting through mass demonstrations or silent grassroots strategies to understand the conservative shift in Latin America is crucial in order to consider the capacity of anti-abortion movements to agglomerate, channel, and magnify their agendas at national, regional, and international levels, articulating different repertoires of social mobilization, including religious, institutional and civil society spaces (MORGAN, 2021b). Within this diverse repertoire, litigation gained prominence; we dedicate the next section to exploring experiences of anti-abortion legal mobilization in the region.

4. THE ANTI-ABORTION TURN TO LAW

There has been a historical presence of Catholic actors among jurists in Latin America, allowing Catholic values to permeate the countries' legal systems in several ways (ALMEIDA, 2017). However, strategic and systematic use of litigation by the anti-abortion field is emerging in the region. The increased use of legal mobilization and legal advocacy as key tools for anti-abortion movement is a trend identified by different studies (PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2014; RUIBAL, 2014; PEÑAS DEFAGO, 2019; MACHADO and BRACARENSE, 2016; BERGALLO, JARAMILLO SIERRA, and VAGGIONE, 2018; VIEIRA and EFREM FILHO, 2020).

The wave of re-democratization and the promulgation of new constitutions in Latin America promoted new impetus for legal mobilization in the region. Strong charters of rights, public prosecutors, class, constitutional actions, and empowered Supreme or Constitutional Courts made litigation an important tool for progressive social movements in the first decades since the transition era (BRINKS and FORTBATH, 2014). Over the past decade the use of legal mobilization to resolve issues related to sexuality and reproduction has escalated (COOK, ERDMAN, and DICKENS, 2016; LEMAITRE, 2014). And, in many cases, the Judiciary has been used as a means to revert or block sexual and reproductive-related advancements in other arenas (PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2014; MONTE and VAGGIONE, 2019). The intensification of anti-abortion litigation and the use of the language of rights – particularly human rights – is an important phenomenon to be observed in the field. It also has its roots in the aftermath of the UN Conferences.

After the victories of reproductive rights in the Conferences, one of the central themes that started being discussed and prioritized in public policies in different Latin American countries was the access to the morning-after pill (PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2014). In response, starting in 1998, several conservative sectors set a mobilization in different countries (e.g., Argentina, Chile, Colombia, and Ecuador) to prohibit access to these pharmaceuticals (DIDES CASTILLO, 2006; FLORES, 2008; PEÑAS DEFAGO, 2010). From this point forward, litigation became one of the key strategies of self-proclaimed pro-life groups in their battle against the morning-after pill (DIDES CASTILLO, 2006; BERGALLO, 2010). The background of these demands was always the same: the approval of the morning-after pill implied, in an underhanded way, the enabling of abortion.

While expanding their strategy, anti-abortion actors started to use the courts to challenge any attempt to legalize abortion on demand and any effort to make legal abortion services accessible and safe for women (MADRAZO LAJOUS and VELA BARBA, 2013; PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2014; RUIBAL, 2014). In Brazil, a constitutional challenge arrived at the Federal Supreme Court to contest the constitutionality of the Biosafety Law approved in 2005, to regulate embryo research, claiming, among other points, a violation of the right to life (BRAZILIAN SUPREME COURT, 2008). In 2007, Mexico City decriminalized the first-trimester abortion within city limits. Conservative civil organizations asked the Supreme Court to overturn the law (MÉXICO, 2007). When ruling the case, the Supreme Court held six public hearings in which anti-abortion actors actively participated (ANSOLABEHERE, 2009). In 2012, Argentina's Supreme Court ruled that abortion is legal in case of rape (ARGENTINA, 2012). In its ruling, the court determined that access to abortion does not need to be contingent on any legal, administrative, or police procedure. In this scenario, litigation was once again a key strategy of anti-abortion actors, this time on the lower level: by using provincial courts, anti-abortion actors attempted to locally resist what had been established by the Supreme Court (MONTE, VAGGIONE, 2019). The total abortion ban in Chile was only overthrown after the 2017 legal reform that created three instances for legal abortion, a group of legislators filed a constitutional writ before the Constitutional Court right after the law's approval, claiming the recognition of institutional conscientious objection. As we mentioned before, such a position – eventually ratified by the Court – was defended by the Catholic Church during the legislative debate, aiming to exclude the enforceability of the law (MAIRA, CASAS, and VIVALDI, 2019). Finally, in 2021, after the law enabling abortion up to 14 weeks was voted in Argentina (ARGENTINA, 2021), litigation against it multiplied in the country. As of the date of this article, there have been more than 37 lawsuits filed against the law (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2021).

Abortion regulations in Latin America have proven to be an ebullient field, with regulations highly disputed in all arenas and subjected to constant transformations. The recent intervention of courts in the issue provoked important shifts in the balance of political opportunities. The constitutionalization of abortion is defined as the adjudication of abortion rights by

Constitutional or Supreme Courts (SIEGEL, 2012). If the decision of 1973 has once unveiled this process, it was possible to evidence a new wave of constitutional abortion cases worldwide, and Latin America seems fully inserted in such wave. The cases have been taken to courts by both pro and anti-abortion movements, and increased use of litigation by anti-abortion actors is new in many countries. Anti-abortion actors are not only proposing constitutional cases, but have been actively presenting *amici curiae*, speaking at public hearings, and formulating legal arguments to block advances via Courts (ANSOLABEHERE, 2009; RUIBAL, 2014; GIANELLA-MALCA, 2018). They have been strongly mobilized to participate in public hearings and advocacy in all important abortion constitutional cases in the region, as in recent Mexican (MENA and GARCÍA, 2021) and the Colombian Constitutional Court decisions.

The arena unveiled by the judiciary has become an important locus of visibility used by pro and anti-abortion social movements to make their positions resonate in the public debate. In this way, the court can function as a stage – staging area, in Kirchheimer’s expression (1961) – for the confrontation between different positions. It is an opportunity to win supporters, increase adherence to the cause, insert new elements into the political game, or pressure other arenas. We have had Court cases staging abortion disputes in the region since the end of the 1990s, with a visible intensification in the last decade, moved by the increase of litigation by anti-abortion forces. There are progressively new actors attending such events to publicly oppose sexual and reproductive rights. The use of Courts to disseminate anti-abortion legal arguments is essential not only because of the direct legal effects that litigation can have on sexual and reproductive rights but also because of its impact on those providing health or public services, who play an essential role in the implementation of such rights. In countries where issues such as abortion and adolescent sexuality still present a dense moral significance, conservative litigation might create a perception of legal uncertainty and open space for practices that reinforce traditional moral notions, thereby deepening the symbolic effects of litigation (PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2014; BENNETT, 2017; ARILHA and CITELI, 2010). One diffuse effect of litigation and the use of rights to justify anti-abortion practices is to breed conscientious objectors.

4.1. DISPUTING HUMAN RIGHTS

The technocratization of the anti-abortion discourse, mainly the use of legal language, has been pointed out as a resource of the anti-abortion movement to overcome the limits of religious power in some political spaces (MORGAN, 2014; GIANELLA-MALCA, 2018). Especially in secular arenas, like the judiciary, it is necessary to behave not as religious actors, but as technical experts. Thus, it is not a coincidence that secular discourses have increased simultaneously with the emergence of scientific and legal organizations in the anti-abortion field, such as bioethics institutes, think tanks, research institutes, associations of jurists, etc. Those actors tend to mobilize legal and scientific frameworks, by replacing (sometimes supplementing) religious ones, while still keeping particular moral undertones, interpretations

linked to natural law, and absolute understanding of the right to life (VAGGIONE, 2005; PEÑAS DEFAGO, 2010; MORGAN, 2014; MACHADO, in press).

Since the 1990s, the prioritization of the sexual agenda imposed by the Vatican, under the leadership of Pope John Paul II, has reinforced a discourse based on the “protection of life” from the moment of conception (VATICANO, 1995). This line of speech has provided the main tone for the actions aimed at influencing debates on sexuality, in which “life” is upheld as a key notion for conservative Catholic organizations in their resistance to policies advocating for greater sexual plurality and autonomy (ALDANA, 2008; VAGGIONE, 2012, PEÑAS DEFAGO and MORÁN FAÚNDES, 2013). Since then, the mobilization of the right to life by anti-abortion activists presented an ambiguous relationship with secularization, often mixing legal sources and religious documents, for example, the *Evangelium Vitae*, the gospel of life (BRAZIL, 2008a and 2008b).

Progressively, religious frameworks and references to religious sources tended to decline in some arenas. The defense of the right to life started to be associated more frequently with notions of human rights, or fundamental rights, than with religious arguments (MORGAN, 2014). Lemaitre (2014) calls it “the shift to reason,” a strategic process (VAGGIONE, 2005) linked to the structural transformation of the anti-abortion field. The participation of lawyers, doctors, scientists, and policymakers impacts the discursive sphere. These actors tend to build their arguments – and legitimate them – using technical arguments rather than religious faith logic, even if moral dogmas still exist and permeate their mindset.

Recent systematic analysis of the evolution of conservative arguments against abortion in Colombia in institutional arenas and the media made by Contreras and Escalante (2018) demonstrate that the conservative opposition to abortion strategically adopts secular ideas. However, they are still rooted in moral views and traditional values that surface when they compare abortion to murder or make references to the woman and the fetus as “mother,” “baby” or “innocent creature”. In the Artavia Murillo case ruled by the Inter-American Court of Human Rights in 2012, Julieta Lemaitre Ripoll and Rachel Sieder (2017, p. 4) show “how neoconservative actors use in their arguments a wielded conservative Catholic argument aligned with the *Evangelium Vitae*, but precluding religious references”. In Brazil, during the public hearing of ADPF 442 (a proposal to decriminalize voluntary abortion), anti-abortion actors used a greater variety of legal arguments. Although the core of the argument was still the right to life from conception and human dignity, a considerable part of the manifestations of confessional or religious organizations adopted the legal debate: they did not base their arguments on moral-religious reasons or religious documents and were eager to support their arguments with legal sources – for example, the Inter-American Convention on Human Rights, the right to life, dignity, and fundamental guarantees according to the Brazilian Federal Constitution, and the Civil Code as a ground to the recognition of legal personhood to the fetus (CADHU, *s.d.*).

While the “fundamental right to life” has been articulated by pro-life groups for quite a while, the use of human rights frameworks has been accentuated and expanded in recent years. Anti-abortion mobilization started to incorporate and reinterpret more aggressively several categories of the human rights grammar (one milestone, for example, is the dignity principle), and even started to dispute those that have been used predominantly by progressive groups, such as equality, anti-discrimination, religious freedom and conscience (MORGAN, 2014). In many cases, such as Argentina, Brazil, Chile, El Salvador, and Nicaragua, the discourses of some pro-life NGOs and religious leaders have strategically adapted themselves to associate abortion with crimes against humanity, drawing on the rhetoric of human rights policies of the 21st century in post-conflict contexts (MORGAN, 2014; CARBONELLI, MOSQUEIRA, and FELITTI, 2011; GUDIÑO-BESSONE, 2017; MACHADO and BRACARENSE, 2018). According to this line of thinking, abortion is framed as genocide, a crime against humanity, and a discriminatory practice against people with disabilities. The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the UN Convention on the Rights of the Child are often cited in those discourses (MACHADO and COOK, 2018; BIROLI and CAMINOTTI, 2020).⁷

Lynn Morgan (2014) shows how Latin America’s religious conservatives developed an alternative narrative of human rights to contest abortion rights, drawing on the US civil rights framework. The region’s human rights tradition is rooted in a sort of social Catholicism, praising a social justice project that has the traditional family at its core, and that includes family, natural and fetal rights. Social Catholicism has more elective affinities with social justice claims than with individual rights, such as choice, privacy, or autonomy of the body. This legal-cultural context buttresses new anti-abortion strategies that start to emphasize the protection of women among their aims. Such pro-life strategies have de-emphasized the criminalization of women in their discourses (although never taking it back) to adopt a discourse of “protection”: they talk about protecting “children’s rights” and protecting women from the suffering and the trauma of abortion. In Argentina, during the debate on the legalization of abortion in 2018, the campaign “salvemos las dos vidas” (“Let’s save both lives”) emerged (LÓPEZ and LOZA, 2021). Since then this campaign has been replicated throughout the region.

More recently, other liberal human rights values started being used against sexual and reproductive rights. Freedom of expression, conscience, and religion, allied to the protection

...

7 In the US, disability rights advocates have a history of disagreement on the issue of abortion rights. Although they may be pro-choice or pro-life, many disability rights advocates agree that abortions should not be used to discriminate against children who may be born with disabilities and have concerns about abortion resulting in discrimination against persons with disabilities (SHAFFER, 2009, p. 271).

of the family and the right to raise children according to one's conscience and faith, have been often articulated in the anti-abortion, anti-sexual and reproductive rights field more broadly.⁸ While conscience claims have traditionally been used to promote pluralism and accommodate religious individual faith in general secular regulations or public policies, its new usage by neoconservatives, on the contrary, aims to block recently conquered minority rights, impose harm to third parties and undermine pluralism (NEJAIME and SIEGEL, 2020). For example, in Brazil, 2018, a lawsuit was filed by a catholic organization requesting the Brazilian chapter of the Catholics for the Right to Decide (CDD) to be legally compelled to suppress the word "Catholics" from its nomenclature, alleging violation of religious freedom. This request was granted by the Court of Justice of São Paulo, which imposed the removal of the term from the name of one of the most traditional pro-reproductive rights organizations (SÃO PAULO, 2020).

The intense use of legal tools and the reinterpretation of the human rights discourse show that anti-abortion actors are creatively adapting law and the rights discourse to their interests and disputing their meanings.⁹ Anti-abortion usage of human rights calls attention to the fact that human rights have an ambivalent and disputable nature (SIEGEL, 2012) in addition to being a disputable terrain today. The recent legal mobilization battles in the region show that anti-abortion forces are actively disputing the interpretation of the human rights paradigm aiming to drastically reshape the prevailing understandings and use of such language.

5. RE-DEFINING THE BORDERS OF THE FIELD: THE ANTI-GENDER MASTER FRAME

As shown in this article, abortion battles have been populistically captured in electoral politics and connected with the increased presence of Evangelical Churches in several countries across Latin America. The local political processes have been connected with transnational activism, with activists of both sides linking the national and international arenas. Each country's political process mutually affects others in the region – and abortion legislation has been in constant reform across different countries. The recent decisions in Argentina, Mexico, and Colombia are said to be inaugurating a pro-sexual and reproductive rights wave in the region, while Bolsonaro, in Brazil, reacted aggressively on Twitter against the legalization of abortion in Argentina (BOLSONARO, 2020). Such active mobilization,

8 See, for example, the new pro-life doctrine published in Brazil by jurist Ives Gandra Martins *et al.* (2020).

9 Lynn Morgan (2021b) lists the constitutional amendment approved in 2021 in Honduras as part of a coordinated effort to fortify national constitutions and insulate them from international human rights law.

political visibility, and deep shifts happening in the field naturally impact the production of meaning and the framing processes.

Social movement actors are always engaged in the production of meaning. Activists and social movement organizations are always framing, amplifying, extending, and transforming their meanings (SNOW *et al.*, 1986). Under this perspective, observing the field of dispute around abortion also means observing the variation of frameworks over time, due to the type of organizations in operation, the interlocutors involved, the social and institutional norms governing the arena, and the characteristics of the observed event.

In the recent Latin American field, we observe more localized processes of creation of new anti-abortion frameworks or shifts in their interpretations (for example, the more intense use of scientific and legal frames); but there is an overarching process happening through the creation of a master frame.

Master frames have the same function as specific frames in a discursive organization and symbolic dimension but on a larger scale. They are more generic and tend to work more as an interpretative paradigm of various issues. They articulate many different movements as they offer a common ground to all of them (SNOW and BENFORD, 1992). The anti-gender ideology as a construct that threatens the traditional families is the master frame that seals the alliances between movements not only against abortion policies but also against same-sex marriage, sex education in schools, gender approach in public policies, as well as the entire LGBTQ+ agenda. However, the gender ideology discourse is also used as a master frame to label the demands of the feminist and LGBTIQ+ movements as “cultural Marxism”, which is a new Marxism aimed no longer at transforming economic structures but culture, including the family structure, gender identities and sexuality (MORÁN FAÚNDES, 2019). Based on this idea, the discourse of “gender ideology” arises a series of moral panics associated with sexuality and gender, and even the specter of communism, in rhetoric that recalls the logic of the Cold War (MORÁN FAÚNDES and PEÑAS DEFAGO, 2020).

The means for this expansion had already been boosted in the 1990s by the Catholic Church. In the Cairo Conference (1994) and the Conference on Women in Beijing (1995), the Holy See and its allies strategically opposed the inclusion of the term “gender” in the final documents because they argued that the “gender” perspective portrayed a model imposed by liberals against the traditional family (FRANCO, 1998). Under this view, “gender” was an artificial definition used as part of savage capitalism. Thus, through the frame of “gender ideology,” the Catholic hierarchy and its allies sought to denounce movements, such as the feminist and LGBTIQ+, that purportedly undermined the traditional family and thus weakened the moral foundations of nations. Coined by Catholic public intellectuals and popularized by Pope Benedict XVI, the “gender ideology” frame has been diffused and appropriated by the whole range of old and new actors in the movement (LEMAITRE, 2014; PATERNOTTE, 2015; MORÁN FAÚNDES, 2019).

The master frame allowed the anti-abortion movement to both broaden its battlefield and acquire new allies. It has become a central component among Catholic, Evangelical, and civil society actors alike in their mobilizations against sex education (GIANELLA-MALCA, MACHADO, and PEÑAS DEFAGO, 2017; CORRÊA, 2018). By denouncing “gender ideology,” these actors oppose feminist and LGBTQ+ demands due to their anti-family agenda, anti-nature standpoint, and colonizing/imperialist tendencies (CAREAGA-PÉREZ, 2016). In addition, the use and impact of the “gender ideology” frame in the last electoral campaign in Brazil by Jair Bolsonaro (STEFANONI, 2018), and in Costa Rica by Fabricio Alvarado, evidences how this framework is increasingly being used as a key signifier in the emergence of the neoconservative political agenda (PEÑAS DEFAGO *et al.*, 2018).

The case of sex education in schools is noteworthy. It has become an important political sticking point across the region in recent years. Previous attempts or programs to include sex education in the school curriculum have triggered broad countermobilizations in Argentina, Brazil, Colombia, Paraguay, Chile, Costa Rica, Peru, and even in Uruguay, considered to be the least secular country. Some of these actions have ended with the withdrawal of sex education and the exclusion of mentions of gender equality in school materials and curricula (GIANELLA-MALCA, MACHADO, and PEÑAS DEFAGO, 2017; CORRÊA, 2018). For the anti-gender movement, this debate is framed around the protection of the family and children, which is connected to parental authority, religious freedom, and freedom of conscience.

Gender ideology has potentialized the scope and alliances of anti-abortion forces with other conservative groups targeting sexual morality. In reality, this strategic framing shift has meant a redefinition of the contentious field itself. The transformation happened from a field organized around the regulation of abortion and closely related issues, such as contraceptives and morning-after pills, toward a more diversified and encompassing agenda. Anti-gender campaigns are mobilized against any public policy that aims to advance sexual and gender equality. The frames centered on anti-abortion and the protection of life has expanded to integrate a larger interpretative medium, with the potential to absorb a great number of causes towards a common goal: the protection of the traditional family from “gender ideology.”

CONCLUSION

For almost twenty years since the successive electoral victories of progressive governments across the region, Latin America is currently facing a fresh cycle of reconfiguration in its political arena with social mobilization at the center, although this time from the conservative side. The formation of new conservative blocks, alliances, and movements was set in motion to react to previous advances in gender, sexual equality, and reproductive rights policies.

Based on several examples of abortion disputes in Latin-American countries, this article called attention to a broader process of renovation of the anti-abortion field in the region. It

identified instances of expansions and mutations, stressing shared features to demonstrate the emergence of a significant turning point in the region. Anti-abortion actors are not only reorganizing their alliances and activism towards a broader field of anti-gender mobilization, but also enriching their strategies and frames, by emulating methods previously used by progressive social movements. Anti-abortion mobilization expanded its arenas of incidence, built alliances with official institutions, partnered with local political parties, and participated in pervasive networks of local, national, and transnational civil society organizations comprising religious, interreligious, and secular groups. They currently promote massive rallies, file lawsuits, and also participate in legal debates as *amici curiae*, resorting to typical political practices of progressive social movements. Moreover, their articulate interpretations of national constitutions, international treaties, and human rights discourses reveal that anti-abortion movements have been subjected to learning processes to neutralize their opponents. The expansion to the master frame of “gender ideology” conflated an array of topics and has strategically allowed the movement to enlarge the range of alliances and expand the scope of its incidence.

The characteristics of anti-abortion movements in other world regions indicate that these movements are transnationally connected (PEÑAS DEFAGO, MORÁN FAÚNDES, and VAGGIONE, 2018). We have described and analyzed instances that show clear signs of transformation in the field and commonalities among cases in different countries. Studies point to transnational diffusion processes in the anti-abortion field throughout the region, interacting with local conditions and impacting local disputes. It poses a series of tasks to researchers in the field. It is crucial to map the transnational networks and paths of diffusion, as well as the local processes used to internalize global repertoires. We also drew attention to the need for more empirical research to assess the regional dynamic of transnational actors. There is still a lot to be discovered and analyzed regarding forming a regional network, the internationalization of organizations, communication channels, and intermediates. A closer understanding of the dynamics of transnational trends, their local adaptations, and the interaction between national and international legal and political opportunities is crucial to comprehend the antithetical movement happening in the region, with country battles heading in opposing directions. In this sense, while we highlighted undeniable changes experienced by the anti-abortion field in the region, we also showed that more research is needed to map comparative dynamics of contention between national and regional politics, as well as to closely monitor how international diffusion interacts with the local balance of opportunities, guiding adaptations and reshaping each local setting.

Traditionally, scholars in Latin-America social movement studies have focused on progressive movements, which have capacity to gather and mobilize a wide range of lower-ranking or minority groups in response to and/or in rejection of forms of marginalization, dispossession, and inequality (MOTTA and NILSEN, 2011), including trade union or labor movements, consumer mobilizations, in addition to women, anti-globalization, environmental and Indigenous and Afro Latin American people’s movements. In each of these cases, social

movements have been generally regarded as “progressive actors” and not as forms of political action or as contention repertoires, historically available to be used by different actors to make claims in the public and political arenas. Although conservative and right-wing movements have increasingly gained political power and influence worldwide, there is still a lack of research and tools to understand this phenomenon. This article aims to draw attention to the complexity and richness of the changes happening in an important sector of the neoconservative alliance and to the need of broadening our understanding of those movements since they perform an important role in the democratic dynamics in the region. Understanding widespread anti-abortion/anti-gender mobilization in Latin America is also central to theorizing how the mobilization of traditional gender norms can powerfully shape political regimes and governance systems.

The lessons from Latin America could contribute to a better understanding of the broader debate on sexual and reproductive rights policies in comparative politics. If there is something to be learned from the region, it is that the battle against gender equality can be used by political groups aimed to gain or show political power, and that it has become more sophisticated and challenging to understand. However, to evaluate the urgent challenges for the feminist, LGBTQ+ and human rights movements in the region it is crucial to further investigate how anti-abortion and neoconservative actors, in general, are creatively adapting and using all instruments available in democratic political disputes, including the human rights paradigm, to pursue the dismantling of sexual and reproductive rights.

ACKNOWLEDGMENTS

The authors would like to thank Barbara Orihuela, Martin Landgraf, and Matheus de Barros for their research assistance, the editor, and the anonymous reviewers for their essential contributions to this article. They also would like to thank The Research Council of Norway – Abortion Rights Lawfare for the financial support.

REFERENCES

ALDANA, Myriam. Vozes católicas no Congresso Nacional: aborto, defesa da vida. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 639-646, 2008. Available at: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200018>. Accessed on: June 23, 2021.

ALMEIDA, Ronaldo de. A onda quebrada: evangélicos e conservadorismo. *Cadernos Pagu*, [s. l.], n. 50, 2017, Dossiê Conservadorismo, Direitos, Moralidades e Violência. Available at: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/Cr9ShrVJbCWsDHMrxTDm3wb/abstract/?lang=pt>. Accessed on: April 13, 2022.

ALVAREZ, Sonia. Articulación y transnacionalización de los feminismos latinoamericanos. *Debate Feminista*, [s. l.], año 8, v. 15, p. 1-16, 1997.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo: Análisis a un año de su vigencia: El litigio como herramienta para defender y fortalecer su implementación*. Buenos Aires: Amnistía Internacional, 2021. Available at: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2021/12/Informe-Litigio.pdf>. Accessed on: April 18, 2022.

ANSOLABEHERE, Karina. Oportunidades y decisiones: La judicialización del aborto en perspectiva comparada. *SELA Paper*, [s. l.], n. 77, 2009. Available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/77/. Accessed on: April 13, 2022.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia. *Sentença F, A. L. s/ medida autosatisfactiva de 13 de marzo de 2012*.

ARGENTINA. *Ley 27610: Acceso a la Interrupcion Voluntaria del Embarazo*. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, 15 janeiro 2021. Available at: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27610-346231>. Accessed on: April 12, 2022.

ARILHA, Margareth; CITELI, Maria Teresa. Intervenções restritivas ao acesso da Contracepção de Emergência no Brasil (1999-2009): um mapa geopolítico das barreiras aos direitos reprodutivos no país. In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís Souza; PISANESCH, Tatiane Creen (eds.). *Contracepção de emergência no Brasil e América Latina: dinâmicas políticas e direitos sexuais e reprodutivos*. São Paulo: Comissão de Cidadania e Reprodução, 2010. p. 135-162.

BANASZAK, Lee Ann; ONDERCIN, Heather L. *Explaining Movement and Countermovement Events in the Contemporary US Women's Movement*. [S.l.], 2010. Available at: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1668884>. Accessed on: April 13, 2022.

BENITES, Afonso. Pressionada por religiosos, Marina muda propostas para homossexuais. *El País*, São Paulo, 30 ago. 2014. Available at: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/30/politica/1409428082_344003.html. Accessed on: April 13, 2022.

BENNETT, Daniel. *Defending Faith: The Politics of the Christian Conservative Legal Movement*. Lawrence: University Press of Kansas, 2017. 224 p.

BENNOUNE, Karima. *Statement by Karima Bennoune Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights at the Seventy-Second Session of the General Assembly Item 73 (b & c)*. New York: United Nations Human Rights, October 25, 2017. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22331&LangID=E>. Accessed on: April 13, 2022.

BERGALLO, Paola. El debate jurídico en torno a la anticoncepción de emergencia: Una mirada comparada. In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís Souza; PISANESCH, Tatiane Creen (eds.). *Contracepção de emergência no Brasil e América Latina: dinâmicas políticas e direitos sexuais e reprodutivos*. São Paulo: Comissão de Cidadania e Reprodução. 2010. p. 9-62.

BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Cristina Jaramillo; VAGGIONE, Juan Marco (eds.). *El aborto en América Latina: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018. 464 p.

BIROLI, Flávia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. *Gênero, neoconservadorismo e democracia*. São Paulo: Boitempo, 2020. 224 p.

BIROLI, Flávia; CAMINOTTI, Mariana. The Conservative Backlash against Gender in Latin America. *Politics & Gender*, [s.l.], v. 16, n. 1, 2020.

BOB, Clifford. *The Global Right Wing and the Clash of World Politics*. New York: Cambridge University Press, 1. ed., 2012. 242 p.

BOLSONARO critica decisão na Argentina e diz que aborto jamais será aprovado no Brasil. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 30 dez. 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/12/ernesto-condena-legalizacao-do-aborto-na-argentina-e-chama-decisao-de-barbarie.shtml>. Accessed on: April 13, 2022.

BRASIL SEM ABORTO – MOVIMENTO NACIONAL DA CIDADANIA PELA VIDA. *Quem somos?*, [s.l.], [s.d.]. Available at: <https://www.brasilsemaborto.org/quem-somos/>. Accessed on: April 13, 2022.

BRASIL SEM ABORTO – MOVIMENTO NACIONAL DA CIDADANIA PELA VIDA. *Seminário Internacional em Defesa da Vida celebra 10 anos do Movimento Brasil sem Aborto*, [s.l.], 13 jul. 2016. Available at: <https://www.brasilsemaborto.org/destaques/seminario-internacional-em-defesa-da-vida-celebra-10-anos-do-movimento-brasil-sem-aborto/>. Accessed on: April 13, 2022.

BRAZIL. *Projeto de Lei n. 246/2019, de 4 de fevereiro de 2019*. Institui o “Programa Escola sem Partido”. Brasília, 2019.

BRAZIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.747/2008, de 11 de fevereiro de 2008*. Brasília, 2008a.

BRAZIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.748/2008, de 16 de julho de 2008*. Brasília, 2008b.

BRAZILIAN SUPREME COURT. *Direct Action of Unconstitutionality 3510 (ADI 3510)*. 2008. Available at: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Accessed on: October 20, 2022.

BRINKS, Daniel M.; FORBATH, William. The role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America. In: PEERENBOOM, Randall; GINSBURG, Tom (eds.). *Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 221-245.

BRITTO, Patrícia; REIS, Lucas. Por pressão, planos de educação de 8 Estados excluem “ideologia de gênero”. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 25 jun. 2015. Available at: <http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2015/06/1647528-por-pressao-planos-de-educacao-de-8-estados-excluem-ideologia-de-genero.shtml>. Accessed on: April 14, 2022.

BROWN, Wendy. American Nightmare: Neoliberalism, Neoconservatism, and De-Democratization. *Political Theory*, [s.l.], v. 34, n. 6, p. 690-714, 2006.

BROWN, Wendy. *In the Ruins of Neoliberalism: The Rise of Antidemocratic Politics in The West*. New York: Columbia University Press, 2019. 264 p.

CADHU – Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos. *ADPF 442: Relatório de Argumentos Amici Curiae*. [s.l.], [s.d.].

CARBONELLI, Marcos; MOSQUEIRA, Mariela; FELITTI, Karina. Religión, sexualidad y política en la Argentina: Intervenciones católicas y evangélicas entorno al aborto y el matrimonio igualitario. *Revista del Centro de Investigación*, Cidade do México, v. 9, n. 36, p. 25-43, 2011.

CAREAGA-PÉREZ, Gloria. Moral Panic and Gender Ideology in Latin America. *Religion and Gender*, [s.l.], v. 6, n. 2, p. 251–55, 2016.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. The World’s Abortion Laws. *Center for Reproductive Rights*, [s.l.], 2021. Available at: [https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/?country=PER&category\[1348\]=1348&category\[1349\]=1349](https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/?country=PER&category[1348]=1348&category[1349]=1349). Accessed on: April 11, 2022.

CIENTOS de colombianos salieron a marchar en contra del aborto. *El Tiempo*, [s.l.], 27 feb. 2022. Available at: <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/marchas-por-la-vida-y-en-rechazo-al-aborto-en-colombia-654745>. Accessed on: April 12, 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-209 de 2008*. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá, 2008a.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-946 de 2008*. Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá, 2008b.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-388 de 2009*. Magistrado: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 2009.

COLOMBIA despenaliza el aborto hasta las 24 semanas. *Los Angeles Times*, Bogotá, 22 feb. 2022. Available at: <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2022-02-22/colombia-despenaliza-el-aborto-hasta-las-24-semanas>. Accessed on: April 14, 2022.

CONTRERAS, María Isabel Niño; ESCALANTE, Juan Carlos Rincón. Radiografía de los argumentos conservadores contra el aborto en Colombia. Sugerencias para un movimiento pro liberalización. In: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Cristina Jaramillo; VAGGIONE, Juan Marco (eds.). *El aborto en America Latina: Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018. p. 379-406.

COOK, Rebecca; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard (eds.). *El aborto en el derecho transnational: Casos y controversias: Introducción*. México: CIDE/FCE, 2016.

COOPER, Melinda. *Family Values: Between Neoliberalism and the New Social Conservatism*. London: MIT Press, 2017. 416 p.

CORRÊA, Sônia. A “política do gênero”: um comentário genealógico. *Cadernos Pagu*, [s.l.], n. 53, 2018.

CORRÊA, Sônia. Gender Ideology: Tracking its Origins and Meanings in Current Gender Politics. *The London School of Economics and Political Science*, Nov. 12, 2017. Available at: <https://blogs.lse.ac.uk/gender/2017/12/11/gender-ideology-tracking-its-origins-and-meanings-in-current-gender-politics/>. Accessed on: April 14, 2022.

CORREDOR, Elizabeth. On the Strategic Uses of Women’s Rights: Backlash, Rights-based Framing, and Anti-Gender Campaigns in Colombia’s 2016 Peace Agreement. *Latin American Politics and Society*, [s.l.], v. 63, n. 3, p. 46-68, 2021.

DELLA PORTA, Donatella; DIANI, Mario. *Social Movements: An Introduction*. New Jersey: Wiley, 2006. 360 p.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. *Radiografia do Novo Congresso: Legislatura 2019-2023*. Brasília: DIAP, 2018. (Estudos Políticos do DIAP). Available at: <https://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/send/13-radiografia-do-novo-congresso/962-radiografia-do-novo-congresso-legislatura-2019-2023>. Accessed on: April 11, 2022.

DIANI, Mario. The Concept of Social Movement. *Sociological Review*, [s.l.], v. 40, n. 1, p. 1-25, 1992.

DIAS, Tayrine; VON BÜLOW, Marisa; GOBBI, Danniell. Populist Framing Mechanisms and the Rise of Right-wing Activism in Brazil. *Latin American Politics and Society*, [s.l.], v. 63, n. 3, p. 69-92, 2021.

DIDES CASTILLO, Claudia. *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después*. Santiago: FLACSO, 2006. 187 p.

ESGUERRA MUELLE, Camila. Cómo hacer necropolíticas en casa: Ideología de género y acuerdos de paz en Colombia. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, [s.l.], v. 7, p. 172-198, 2017.

FELITTI, Karina; MORALES, Maria del Rosario Ramirez. Green Handkerchiefs for Legal Abortion: History, Meanings and Circulations in Argentina and Mexico. *Encartes*, [s.l.], v. 3, n. 5, p. 111-145, Mar./Aug. 2020. Available at: <https://encartes.mx/en/felitti-ramirez-panuelos-verdes-aborto-argentina-mexico/>. Accessed on: April 18, 2022.

FEUSIER, Oswaldo. *El delito de aborto frente a un derecho penal garantista*. 2012. Tesis (Maestría en Derecho Penal) – Universidad Centroamericana José Simeón, El Salvador, 2012.

FLIGSTEIN, Neil; MCADAM, Doug. *A Theory of Fields*. Oxford: Oxford University Press, 2012. 256 p.

FLORES, Rocio Villanueva. *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, 2008. 126 p.

FRANCO, Jean. The Long March of Feminism. *NACLA Report on the Americas*, [s.l.], v. 31, n. 4, p. 10-15, 1998.

GIANELLA-MALCA, Camila. Abortion Rights Legal Mobilization in the Peruvian Media, 1990-2015. *Health and Human Rights Journal*, [s.l.], v. 19, n. 1, p. 133-148, 2017.

GIANELLA-MALCA, Camila. Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina. In: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Cristina Jaramillo; VAGGIONE, Juan Marco (eds.). *El aborto en America Latina: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018, p. 351-378.

GIANELLA-MALCA, Camila; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PEÑAS DEFAGO, María Angélica. What Causes Latin America's High Incidence of Adolescent Pregnancy? *CMI Brief*, [s.l.], v. 16, n. 9, p. 1-4, 2017.

GIANELLA-MALCA, Camila *et al.* *A New Conservative Social Movement? Latin America's Regional Strategies to Restrict Abortion Rights*. CMI Brief. Bergen: Chr. Michelsen Institute, p. 1-4, 2017.

GOLD, Tomás; PEÑA, Alejandro M. The Rise of the Contentious Right: Digitally Intermediated Linkage Strategies in Argentina and Brazil. *Latin American Politics and Society*, [s.l.], v. 63, n. 3, p. 93-118, 2021.

GUDIÑO-BESSONE, Pablo. Iglesia Católica y redes transnacionales de activismo antiabortista: bioética y usos políticos de la memoria del Holocausto. *Religación*, Quito, v. 2, n. 8, p. 126-142, 2017.

HÉCTOR Yépez defiende el derecho de los padres para educar a sus hijos. *El Telégrafo*, [s.l.], 31 jul. 2018, Redacción y Política. Available at: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/hectoryopez-fallo-corteconstitucional-derecho-padres-hijos>. Accessed on: April 14, 2022.

HINZ, Kristina; VINUTO, Juliana; COUTINHO, Aline Beatriz. Por Dios y por las armas: el ascenso neopentecostal y securitario en Brasil (2003-2019). *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, [s.l.], n. 126, p. 185-213, 2020.

HTUN, Mala. *Sex and the State: Abortion, Divorce, and the Family under Latin American Dictatorships and Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 232 p.

HUMAN LIFE INTERNATIONAL. About us. *Human Life International*, [s.l.], 2021. Available at: <https://www.hli.org/about-us/>. Accessed on: April 11, 2022.

IRRAZÁBAL, Gabriela. La bioética como entrenamiento y facilitadora de la influencia de agentes católicos en el espacio público en Argentina. *Revista del Centro de Investigación de la Universidad La Salle*, Ciudad de México, v. 9, n. 36, p. 5-23, 2011.

JONES, Daniel Eduardo; CARBONELLI, Marcos Andrés. Evangélicos y derechos sexuales y reproductivos: Actores y lógicas políticas en la Argentina contemporánea. *Ciências Sociais Unisinos*, São Leopoldo, v. 48, n. 3, p. 225-234, 2012.

JUAN, Elman *et al.* Entre el Estado como enemigo y “la ideología de género”, la juventud antiprogresista. *El Diario AR*, June 13, 2021. Available at: https://www.eldiarioar.com/la-reaccion-conservadora/enemigo-ideologiagenero-juventud_132_8030547.html. Accessed on: October 4, 2022.

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca: Cornell University Press, 1998. 244 p.

LACERDA, Marina Basso. *O novo conservadorismo brasileiro*. Porto Alegre: Zouk, 2019. 228 p.

LEMAITRE, Julieta Ripoll. *Laicidad y resistencia: Movilización católica contra los derechos sexuales y reproductivos en América Latina*. Colección de Cuadernos Jorge Carpizo: Para Entender y Pensar la Laicidade, Ciudad de México, n. 6, 2013. 71 p.

LEMAITRE, Julieta Ripoll. Catholic Constitutionalism on Sex, Women, and the Beginning of Life. In: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 239-257.

LEMAITRE, Julieta Ripoll. Religious freedom in Latin American constitutions: from freedom from the Catholic Church to freedom from gender ideology. In: MANCINI, Susanna (ed.). *Constitutions and Religion*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 139-156.

LEMAITRE, Julieta Ripoll; SIEDER, Rachel. The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case against Costa Rica. *Health and Human Rights Journal*, [s.l.], v. 19, n. 1, p. 149-160, 2017.

LEVITT, Peggy; MERRY, Sally. Vernacularization on the Ground: Local Uses of Global Women's Rights in Peru, China, India and the United States. *Global Networks*, [s.l.], v. 9, n. 4, p. 441-461, 2009.

LOPES, Noemi Araujo. *A frente parlamentar evangélica: e sua atuação na Câmara dos Deputados*. Orientador: David Verge Fleischer. 2013. 111 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência Política) – Graduação em Ciência Política, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2013. Available at: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/7140/1/2013_NoemiAraujoLopes.pdf. Accessed on: April 14, 2022.

LÓPEZ, Magdalena; LOZA, Jorgelina. Articulaciones, representaciones y estrategias de la movilización contra la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina (2018-2020). *Población & Sociedad*, [s.l.], v. 28, n. 1, p. 131-161, 2021.

MACEDO, Julia Assmann de Freitas, JACOBUCCI, Fabrício Conte. Populism and the Evangelical Church in Latin America: How anti-LGBTI Forces Tried to Stop the Colombian Peace Agreement. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 100-119, 2020. Available at: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i2.6685>. Accessed on: April 18, 2022.

MACHADO, Maria das Dores Campos. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 7, p. 25-54, 2012. Available at: <https://doi.org/10.1590/S0103-33522012000100003>. Accessed on: June 23, 2021.

MACHADO, Maria das Dores Campos. O neoconservadorismo cristão no Brasil e na Colômbia. In: BIROLI, Flávia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. *Gênero, neoconservadorismo e democracia*. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 83-134.

MACHADO, Maria das Dores Campos. Religion and Moral Conservatism in Brazilian Politics. *Politics and Religion Journal*, [s.l.], v. 12, n. 1, p. 55-74, 2018.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Conservative Mobilization in Latin America and Its Impacts on Women's and Adolescents' Human Rights. *Oxford Human Rights Hub*, February 9, 2018. Available at: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/conservative-mobilization-in-latin-america-and-its-impacts-on-womens-and-adolescents-human-rights/>. Accessed on: April 14, 2022.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Mobilizing Roe: The Political Life of a Decision, Beyond Abortion and Beyond Courts. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 55, n. 2, 2021. Available at: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3193&context=tlr>. Accessed on: April 14, 2022.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. The Appropriation of Human Rights by Reactionary Religious and Political Forces: New Global Trends. *International Journal of Constitutional Law*, in press.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; BRACARENSE, Ana Carolina. 2018. El movimiento pro y antiaborto en el Supremo Tribunal brasileño: Marcos y estrategias argumentativas utilizados en la audiencia pública referente al feto anencefálico. In: BERGALLO, Paola; SIERRA, Isabel Cristina Jaramillo; VAGGIONE, Juan Marco (eds.). *El aborto en America Latina: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; BRACARENSE, Ana Carolina. O caso do feto anencefálico: Direitos sexuais e reprodutivos, confronto e negociação argumentativa no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 7, p. 677-714, 2016.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitucionalização do aborto no Brasil: uma análise a partir do caso da gravidez anencefálica. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 2239-2296, 2018. Available at: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43406/29875>. Accessed on: April 14, 2022.

MACIEL, Debora Alves; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *A arte da associação conservadora: o ativismo antiaborto no Brasil*. Manuscript presented in the Department of Political Science, USP, 2017.

MACIEL, Debora Alves; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. The State-Level Battle over Abortion Rights in Brazil. *Health and Human Rights Journal*, [s.l.], v. 19, n. 1, p. 119-131, 2017.

MADRAZO LAJOUS, Alejandro; VELA BARBA, Estefanía. Conservando esencias: El uso conservador del lenguaje de los derechos fundamentales (dos estudios de caso). In: VAGGIONE, Juan Marco; MUJICA, Jaris. *Conservadurismos, religión y política: perspectivas de investigación en América Latina*. Córdoba: Ferreyra/CIECS, 2013.

MAIRA, Gloria; CASAS, Lidia; VIVALDI, Lieta. Abortion in Chile: The Long Road to Legalization and its Slow Implementation. *Health and Human Rights*, [s.l.], v. 21, n. 2, p. 121-131, 2019.

MARIANO, Ricardo. Expansão e ativismo político de grupos evangélicos conservadores: secularização e pluralismo em debate. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, [s.l.], v. 16, n. 4, p. 710-728, 2016.

MARIANO, Ricardo; GERARDI, Dirceu André. Eleições presidenciais na América Latina em 2018 e ativismo político de evangélicos conservadores. *Revista USP*, São Paulo, n. 120, p. 61-76, 2019. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i120p61-76>

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BIAGINI, João Carlos, BERTELLI, Luiz Gonzaga; CARVALHO, Paulo de Barros (coords.). *Liberdade religiosa e liberdade de expressão*. São Paulo: UJUCASP/Noeses, 2020.

MAYKA, Lindsay; SMITH, Amy Erica. Introduction The Grassroots Right in Latin America: Patterns, Causes and Consequences. *Latin American Politics and Society*, [s.l.], v. 63, n. 3, p. 1-20, 2021.

MCADAM, Doug; TARROW, Sidney; TILLY, Charles. *Dynamics of Contention*. London: Cambridge University Press, 2001. 412 p.

MENA, Carolina Gómez; GARCÍA, Cesar Arellano. “¡Vida sí, aborto, no!”, gritan miles en marcha convocada por clero católico. *La Jornada*, Ciudad de México, 3 oct. 2021. Available at: <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/10/03/sociedad/vida-si-aborto-no-gritan-miles-en-marcha-provida-en-cdmx/>. Accessed on: April 12, 2022.

MERRY, Sally Engle. New Legal Realism and the Ethnography of Transnational Law. *Law & Social Inquiry*, [s.l.], v. 31, n. 4, p. 975-995, 2006. Available at: <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2006.00042.x>. Accessed on: April 11, 2022.

MÉXICO. Distrito Federal. *Decreto por el que se Reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se Adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal*. Distrito Federal: Gaceta Oficial del Distrito Federal, p. 2-3, 26 abr. 2007.

MEYER, David S.; STAGGENBORG, Suzanne. Movements, Countermovements, and the Structure of Political Opportunity. *American Journal of Sociology*, [s.l.], v. 101, n. 6, p. 1628-1660, 1996.

MINISTRO Riera se ofreció a quemar los libros sobre ideología de género. *ABC*, [s.l.], 6 oct. 2017. Available at: <https://www.abc.com.py/edicion-impres/locales/ministro-riera-se-ofrecio-a-quemar-libros-sobre-ideologia-de-genero-1638050.html>. Accessed on: April 13, 2022.

MONTAÑO, Sonia. Los derechos reproductivos de la mujer. In: GUZMÁN, Laura; PACHECO, Gilda (comps.). *Estudios Básicos de Derechos Humanos IV*. San José: IIDH, 1996. p. 163-183.

MONTE, María Eugenia; VAGGIONE, Juan Marco. Cortes irrumpidas: la judicialización conservadora del aborto en Argentina. *Revista Rupturas*, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 104-122, 2019.

MONTERO, Adela; VILLAROEL, Raúl. A Critical Review of Conscientious Objection and Decriminalisation of Abortion in Chile. *Journal of Medical Ethics*, [s.l.], v. 44, n. 4, p. 279-283, 2018.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel. El desarrollo del activismo autodenominado “pro-vida” en Argentina, 1980-2014. *Revista Mexicana de Sociología*, [s.l.], v. 77, n. 3, p. 407-435, 2015.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel. The Geopolitics of Moral Panic: The Influence of Argentinian Neo-Conservatism in the Genesis of the Discourse of “Gender Ideology”. *International Sociology*, v. 34, n. 4, p. 1-16, 2019.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel; PEÑAS DEFAGO, María Angélica. Una mirada regional de las articulaciones neoconservadoras. Rupturas y continuidades transnacionales. In: SANTANA, Ailynn Torres (ed.). *Derechos en Riesgo en América Latina: 11 estudios sobre grupos neoconservadores*. Bogotá: Ediciones desde Abajo/Fundación Rosa Luxemburgo, 2020. p. 241-270.

MORÁN FAÚNDES, José Manuel *et al.* Sociedad civil y sexualidad: las ONG autodenominadas “pro vida”. In: ESQUIVEL, Juan Cruz; VAGGIONE, Juan Marco (eds.). *Permeabilidades activas: religión, política y sexualidad en la Argentina democrática*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2015. p. 35-53.

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

MORGAN, Lynn. Costa Rica's Oversized Role in Latin American Sexual and Reproductive Rights Lawfare. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, e2137, set./dez. 2021a. Available at: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/85240>. Accessed on: April 18, 2022.

MORGAN, Lynn. Global Anti-Abortion Coalition Targets the Organization of American States. *NACLA*, [s.l.], 4 jun. 2021b. Available at: <https://nacla.org/news/2021/06/04/global-anti-abortion-coalition-targets-organization-american-states>. Accessed on: April 14, 2022.

MOTTA, Sara C.; NILSEN, Alf Gunvald. Social Movements and/in the Postcolonial: Dispossession, Development and Resistance in the Global South. In: MOTTA, Sara C.; NILSEN, Alf Gunvald (eds.). *Social Movements in the Global South*. London: Palgrave Macmillan, 2011.

MUJICA, Jaris. *Economía política del cuerpo: la restructuración de los grupos conservadores y el biopoder*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, 2007.

NEJAIME, Douglas; SIEGEL, Reva B. Conscience Wars in the Americas. *Latin American Law Review*, [s.l.], n. 5, p. 1-26, Aug. 2020. Available at: <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.01>. Accessed on: April 18, 2022.

PARLAMENTO & FE. *Nosotros*. Available at: <https://parlamentoyfeinternacional.org/nosotros/>. Accessed on: April 14, 2022.

PARTIDO CELESTE. *Propuestas de partido*. Available at: <https://www.partidoceleste.org/partido-celeste/>. Accessed on: April 14, 2022.

PARTIDO REPUBLICANO. *Nuestros Principios Rectores*. Available at: <https://partidorepublicanodechile.cl/partido-republicano/nosotros-partido-republicano/>. Accessed on: April 14, 2022.

PASSARINHO, Nathalia. Cómo las iglesias evangélicas han logrado ganar tanto peso en la política de América Latina. *BBC*, [s.l.], 27 nov. 2019. Available at: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50535984>. Accessed on: April 14, 2022.

PATERNOTTE, David. Blessing the Crowds: Catholic Mobilisations against Gender in Europe. In: HARK, Sabine; VILLA, Paula Irene (eds.). *(Anti-)Genderismus: Sexualität und Geschlecht als Schauplätze aktueller politischer Auseinandersetzungen*. Bielefeld: Transcript, 2015.

PECHENY, Mario *et al.* 'Yo no soy progre, soy peronista'. ¿Por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto? In: BERGALLO, Paola (ed.). *Aborto y justicia reproductiva*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica. Cuerpos impugnados en las cortes argentinas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1401-1423, set. 2018. Available at: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/26812>. Accessed on: April 14, 2022.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica. Los estudios en bioética y la Iglesia Católica en los casos de Chile y Argentina. In: VAGGIONE, Juan Marco (ed.). *El activismo religioso conservador en Latinoamérica*. Córdoba: Católicos por el Derecho a Decidir, 2010. p. 47-76.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica; CÁNAVES, Violeta. Socio-Legal Strategies against a Total Abortion Ban in El Salvador: Alliances in Hostile Contexts. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, e2147, set./dez. 2021. Available at: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202147>. Accessed on: April 12, 2022.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica; MORÁN FAÚNDES, José Manuel. ¿Defensores de la vida? ¿De cuál “vida”? Un análisis genealógico de la noción de “vida” sostenida por la jerarquía católica contra el aborto. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, p. 10-36, Dec. 2013. Available at: <https://doi.org/10.1590/S1984-64872013000300002>. Accessed on: April 14, 2022.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica; MORÁN FAÚNDES, José Manuel. Conservative Litigation against Sexual and Reproductive Health Policies in Argentina. *Reproductive Health Matters*, [s.l.], v. 22, n. 44, p. 82-90, 2014. Available at: [https://doi.org/10.1016/S0968-8080\(14\)44805-5](https://doi.org/10.1016/S0968-8080(14)44805-5). Accessed on: April 14, 2022.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica; MORÁN FAÚNDES, José Manuel. Nuevas configuraciones religiosas/seculares: las ONG “pro-vida” en las disputas por las políticas sexuales en Argentina. *Religião & Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 2, p. 340-362, Jul./Dec. 2015. Available at: <https://doi.org/10.1590/0100-85872015v35n2cap14>. Accessed on: April 14, 2022.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica; MORÁN FAÚNDES, José Manuel. Strategies of Self-Proclaimed Pro-Life Groups in Argentina: effect of new religious actors on sexual policies. *Latin American Perspectives*, [s.l.], v. 43, n. 3, p. 144-162, 2016. Available at: <https://doi.org/10.1177%2F0094582X15628022>. Accessed on: April 14, 2022.

PEÑAS DEFAGO, María Angélica; MORÁN FAÚNDES, José Manuel; VAGGIONE, Juan Marco. *Religious Conservatism on the Global Stage: Threats and Challenges for LGBTI Rights*. New York: Global Philanthropy Project, 2018.

PROFESSORES CONTRA O ESCOLA SEM PARTIDO. *Vigiando os projetos de lei: panorama do ‘Escola Sem Partido’ no Legislativo Brasileiro*. [s.l.], [s.d.]. Available at: <https://profscontraoesp.org/vigiando-os-projetos-de-lei/>. Accessed on: April 14, 2022.

QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, v. 24, n. 3, p. 486-522, set./dez. 2018. Available at: <https://doi.org/10.1590/1807-01912018243486>. Accessed on: April 14, 2022.

REDESSVIDA. *Nosotros*. Available at: https://www.redessvida.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=1&Itemid=2. Accessed on: February 1st, 2022.

RELIGION in Latin America: Widespread change in a Historically Catholic Region. *Pew Research Center*, Nov. 13, 2014. Available at: <https://www.pewresearch.org/religion/2014/11/13/religion-in-latin-america/>. Accessed on: April 14, 2022.

REUTERSWÄRD, Camilla. Pro-Life and Feminist Mobilization in the Struggle over Abortion in Mexico: Church Networks, Elite Alliances, and Partisan Context. *Latin American Politics and Society*, [s.l.], v. 63, n. 3, p. 21-45, Aug. 2021. Available at: <https://doi.org/10.1017/lap.2021.21>. Accessed on: April 14, 2022.

REZENDE, Patricia Jimenez. *Movimentos sociais e contramovimentos: Mobilizações antiaborto no Brasil contemporâneo*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de São Paulo, Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Guarulhos, 2016. Available at: https://repositorio.unifesp.br/bitstream/handle/11600/46119/Disserta%0c3%0a7%0c3%0a3o_REZENDE%2c%202016.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Accessed on: October 24, 2022.

ROSTAGNOL, Susana. Disputas sobre el control de la sexualidad: Activismo religioso conservador y dominación masculina. In: VAGGIONE, Juan Marco. *El activismo religioso conservador en Latinoamérica*. Córdoba: Católicas por el Derecho a Decidir, 2010. p. 149-170.

RUIBAL, Alba M. Movement and Counter-Movement: A History of Abortion Law Reform and the Backlash in Colombia 2006-2014. *Reproductive Health Matters*, [s.l.], v. 22, n. 44, p. 42-51, 2014. Available at: [https://doi.org/10.1016/S0968-8080\(14\)44803-1](https://doi.org/10.1016/S0968-8080(14)44803-1). Accessed on: April 14, 2022.

SAMUEL, June. *Adapting to Norms at the United Nations: Abortion-Rights and Anti-Abortion Networks*. Dissertation (Master in Political Science) – Faculty of the Graduate School of the University of Maryland, College Park, Maryland, 2007. Available at: <https://drum.lib.umd.edu/handle/1903/7634?show=full>. Accessed on: April 14, 2022.

SANDOVAL, Melina; ASCARZA, Lucero. Congreso 2021: “Antiderechos e implicados en ‘Vacunagate’ entre los más votados”. *Saludconlup*, [s.l.], 14 abr. 2021. Available at: <https://saludconlupa.com/noticias/congreso-2021-antiderechos-e-implicados-en-vacunagate-entre-los-mas-votados/>. Accessed on: April 14, 2022.

SANTAEULALIA, Inés. La despenalización del aborto hasta la semana 24 en Colombia abre un debate sobre los plazos. *El País*, Bogotá, 26 feb. 2022. Available at: <https://elpais.com/sociedad/2022-02-26/la-despenalizacion-del-aborto-hasta-la-semana-24-en-colombia-abre-un-debate-sobre-los-plazos.html>. Accessed on: April 12, 2022.

SANTANA, Ailynn Torres (ed.). *Derechos en Riesgo en América Latina*. Bogotá: Ediciones desde Abajo/ Fundación Rosa Luxemburgo, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível n. 1071628-96.2018.8.26.0100*. Des. Relator José Carlos Ferreira Alves. São Paulo, 20 out. 2020.

SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué creen?: Pentecostalismo y política en América Latina. *Nueva Sociedad*, Caracas, n. 280, p. 26-46, mar./abr. 2019. Available at: <https://www.proquest.com/openview/197f77962abc29ae0809c1141a02d2b0/1?pq-origsite=gscholar&cbl=27984>. Accessed on: April 14, 2022.

SHAFFER, Bret. The Right to Life, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and Abortion. *Penn State International Law Review*, [s.l.], v. 28, n. 2, 265-287, 2009. Available at: <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol28/iss2/5>. Accessed on: April 18, 2022.

SIEGEL, Reva B. The Constitutionalization of Abortion. In: ROSENFELD; Michel; SAJÓ, Andrés (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1057-1079.

SIEGEL, Reva B. Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates Over Abortion and Same-Sex Marriage. *International Journal of Constitutional Law*, [s.l.], v. 10, n. 2, p. 355-379, Mar. 2012. Available at: <https://doi.org/10.1093/icon/mos013>. Accessed on: June 23, 2021.

SILVA, Héleron. Os novos atores “evangélicos” e a conquista do espaço público na América Latina. *Reflexão*, [s.l.], v. 43, n. 2, p. 243-263, 2018. Available at: <https://doi.org/10.24220/2447-6803v43n2a4377>. Accessed on: April 14, 2022.

SIVERINO BAVIO, Paula. Bioética y derechos humanos: La bioética ‘confesional’ como estrategia. In: VAGGIONE, Juan Marco; MUJICA, Jaris. *Conservadurismos, religión y política: Perspectivas de investigación en América Latina*. Córdoba: Ferreyra/CIECS, 2013. p. 195-236.

SMITH, Amy Erica. *Religion and Brazilian Democracy: Mobilizing the People of God*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

SNOW, David; BENFORD, Robert D. Master Frames and Cycles of protest. *In: MORRIS, Aldon; MUELLER, Carol McClurg (eds.). Frontiers in Social Movement Theory*. New Haven: Yale University Press, 1992. p. 133-155.

SNOW, David *et al.* Frame Alignment Processes, Micromobilization, and Movement Participation. *American Sociological Review*, [s.l.], v. 51, n. 4, p. 464-481, 1986.

STEFANONI, Pablo. Biblia, buey y bala... recargados: Jair Bolsonaro, la ola conservadora en Brasil y América Latina. *Nueva Sociedad*, n. 278, nov./dic. 2018. Available at: <https://nuso.org/articulo/biblia-buey-y-bala-ola-conservadora-brasil-bolsonaro-stefanoni/>. Accessed on: April 18, 2022.

TELES, Esteven. *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TILLY, Charles. Los movimientos sociales entran en el siglo veintiuno. *Política y Sociedad*, [s.l.], v. 42, n. 2, p. 11-35, 2006.

TILLY, Charles. *Los movimientos sociales 1768-2008: desde sus orígenes a Facebook*. Boulder: Paradigm Publishers, 2009. 343 p.

TURKEWITZ, Julie. Colombia Decriminalizes Abortion. *The New York Times*, [s.l.], February 21, 2022. Available at: <https://www.nytimes.com/live/2022/02/21/world/colombia-court-abortion>. Accessed on: April 18, 2022.

UBEROI, Diya; GALLI, Beatriz. Refusing Reproductive Health Services on Grounds of Conscience in Latin America. *SUR 24*, São Paulo, v. 13, n. 24, p. 105-115, 2016. Available at: <https://sur.conectas.org/en/refusing-reproductive-health-services-on-grounds-of-conscience-in-latin-america/>. Accessed on: April 18, 2022.

USEEM, Bert; ZALD, Mayer N. From Pressure Group to Social Movement: Organizational Dilemmas of the Effort to Promote Nuclear Power. *Social Problems*, [s.l.], v. 30, n. 2, p. 144-156, 1982.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights*: UN Doc. A/HRC/34/56, 2017.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief*: UN Doc. A/HRC/43/48, 2020.

VAGGIONE, Juan Marco. La “cultura de la vida”: Desplazamientos estratégicos del activismo Católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos. *Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 2, p. 57-80, 2012. Available at: <https://doi.org/10.1590/S0100-85872012000200004>. Accessed on: April 14 abr. 2022.

VAGGIONE, Juan Marco. Reactive Politicization and Religious Dissidence: The Political Mutations of the Religious. *Social Theory and Practice*, [s.l.], v. 31, n. 2, p. 165-188, Apr. 2005. Available at: <https://doi.org/10.5840/soctheorpract200531210>. Accessed on: April 14, 2022.

VAGGIONE, Juan Marco; JONES, Daniel. La política sexual y las creencias religiosas: El debate por el matrimonio para las parejas del mismo sexo (Argentina, 2010). *Revista de Estudios Sociales*, n. 51, p. 105-117, Jan./Mar. 2015. Available at: <https://journals.openedition.org/revestudsoc/8832>. Accessed on: April 14, 2022.

VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. Religious Patterns of Neoconservatism in Latin America. *Politics & Gender*, England, v. 16, n. 1, Mar. 2020. Available at: <https://doi.org/10.1017/S1743923X20000082>. Accessed on: April 14, 2022.

VAGGIONE, Juan Marco; MORÁN FAÚNDES, José Manuel (eds.). *Laicidad and religious diversity in Latin America*. Cham: Springer, 2017.

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

VATICANO. *Evangelium Vitae*: Sobre o valor e a inviolabilidade da vida. 1995. Available at: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Accessed on: April 14, 2022.

VIEIRA, Adriana Dias; EFREM FILHO, Roberto O rei está nu: Gênero e sexualidade nas práticas e decisões no STF. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1084-1136, abr./jun. 2020. Available at: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50699>. Accessed on: April 14, 2022.

VIGOYA, Mara Viveros; RONDÓN, Manuel Alejandro Rodríguez. Hacer y deshacer la ideología de género. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 118-127, dic. 2017. Available at: <https://doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2017.27.07.a>. Accessed on: April 14, 2022.

VILLAZÓN, Julio Córdova. Viejas y nuevas derechas religiosas en América Latina: Los evangélicos como factor político. *Nueva Sociedad*, [s.l.], n. 254, p. 112-123, nov./dic. 2014.

VITERNA, Jocelyn. The Left and “Life” in El Salvador. *Politics & Gender*, [s.l.], v. 8, n. 2, p. 248-254, Jun. 2012. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/politics-and-gender/article/left-and-life-in-el-salvador/C8B5484246F56116CCD9C29A43692F4F>. Accessed on: June 30, 2022.

VITERNA, Jocelyn; GUARDADO BAUTISTA, Jose Santos; JUAREZ BARRIOS, Silvia Ivette; CORTEZ, Alba Evelyn. Governance and the Reversal of Women’s Rights: The Case of Abortion in El Salvador. *WIDER Working Paper*, n. 2017/187, ISBN 978-92-9256-413-1, The United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER), Helsinki. Available at: <http://dx.doi.org/10.35188/UNU-WIDER/2017/413-1>. Accessed on: April 18, 2022.

VITERNA, Jocelyn. *Women in War: The Micro-Processes of Mobilization in El Salvador*. New York: Oxford University Press, 2013.

VUOLA, Elina. El ecumenismo fundamentalista, los feminismos transnacionales y el orden tutelar de la sociedad latinoamericana. *Pasos*, [s.l.], v. 117, p. 30-36, 2005.

YÁÑES, Clara Franco. Abortion Rights in Latin America: An Unsettled Battle. *GIGA Focus Latin America*, Hamburgo, n. 3, p. 1-12, 2021. Available at: <https://www.giga-hamburg.de/en/publications/giga-focus/abortion-rights-in-latin-america-an-unsettled-battle>. Accessed on: April 18, 2022.

ZALD, Mayer; USEEM, Bert. Movement and Countermovement Interaction: Mobilization, Tactics, and State Involvement. In: ZALD, Mayer; MCCARTHY, John (eds.). *Social Movements in an Organizational Society: Collected Essays*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1987. p. 247-272.

#VOCÊNÃOESTÁSOZINHA: nós podemos te ajudar. *Brasil sem Aborto*, [s.l.], 8 fev. 2021. Available at: <https://www.brasilsemaborto.org/destaques/vocenaostasozinha-nos-podemos-te-ajudar/>. Accessed on: April 13, 2022.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PEÑAS-DEFAGO, María Angélica; GIANELLA, Camila. Anti-Abortion Mobilization in Latin America: Signs of a Field in Transformation. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, Sept./Dec. 2022, e2234. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202234>

Marta Rodriguez de Assis Machado

PHD AND MASTER IN PHILOSOPHY AND THEORY OF LAW FROM THE UNIVERSITY OF SÃO PAULO. ASSOCIATE DEAN OF THE ACADEMIC MASTER’S AND PHD PROGRAMS AT FGV DIREITO SP. PROFESSOR AT FGV SÃO PAULO LAW SCHOOL (FGV DIREITO SP) AND RESEARCHER AT THE BRAZILIAN CENTER OF ANALYSIS AND PLANNING (CENTRO BRASILEIRO DE ANÁLISE E PLANEJAMENTO, CEBRAP, BRAZIL). RESEARCHER AT THE CENTER ON LAW AND SOCIAL TRANSFORMATION, NORWAY.

marta.machado@fgv.br

María Angélica Peñas Defago

PHD IN LAW AND SOCIAL SCIENCES FROM NATIONAL UNIVERSITY OF CORDOBA, ARGENTINA. RESEARCHER AT NATIONAL SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL RESEARCH COUNCIL OF ARGENTINA (CONICET). PROFESSOR, SCHOOL OF LAW AT NATIONAL UNIVERSITY OF CORDOBA, ARGENTINA.

angelicapdefago@unc.edu.ar

Camila Gianella

PHD IN PSYCHOLOGY FROM THE UNIVERSITY OF BERGEN. ASSISTANT PROFESSOR AT PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE PERÚ (PUCP). RESEARCH FELLOW AT CENTRE ON LAW AND SOCIAL TRANSFORMATION, NORWAY.

gianella.c@pucp.edu.pe



Racismo, silenciamento e estigmatização nas narrativas jornalísticas sobre o sistema prisional

RACISM, SILENCING AND STIGMATIZATION IN JOURNALISTIC NARRATIVES ABOUT THE PRISON SYSTEM

Clarice Costa Calixto¹

Resumo

O artigo investiga o enquadramento jornalístico dos mecanismos de castigo penal, em especial o sistema prisional brasileiro, com foco na representação das pessoas sujeitas à responsabilidade penal. Consiste em um estudo empírico no campo das criminologias críticas, em que foram verificadas 17 mil matérias veiculadas pelo telejornal de maior audiência no Brasil: o Jornal Nacional da Rede Globo de Televisão. Os principais resultados apontam para a permanência do tema do castigo penal na cobertura ao longo do tempo, o enorme predomínio de fontes oficiais, a intensidade da cobertura sobre sujeitos famosos, além dos aspectos de silenciamento, estigmatização e racismo das matérias, em textos e imagens que reforçam a seletividade do funcionamento do controle penal.

Palavras-chave

Castigo penal; sistema prisional; racismo; enquadramento jornalístico.

Abstract

The article investigates the journalistic framework of the mechanisms of penal punishment, especially the Brazilian prison system, focusing on the representation of people subject to criminal responsibility. It consists of an empirical study in the field of Critical Criminology, in which 17 thousand articles were verified by the most watched television news in Brazil: the Jornal Nacional of Rede Globo de Televisão. The main results point to the permanence of the topic of penal punishment in coverage over time, the enormous predominance of official sources, the intensity of coverage on famous subjects, in addition to the aspects of silencing, stigmatization and racism of the materials, in texts and images that reinforce the selectivity of the functioning of criminal control.

Keywords

Penal punishment; prison system; racism; journalistic framing.

INTRODUÇÃO

Durante as últimas décadas, é nítido no Brasil o fenômeno do hiperencarceramento, advindo de um conjunto de alterações da legislação penal e da jurisprudência. Para legitimar esse fenômeno, a narrativa midiática foi essencial, tecendo diariamente novos fios dramáticos de histórias de crimes que demonstram grandes riscos da convivência em sociedade de seres humanos supostamente “perigosos”, que compõem uma população prisional majoritariamente masculina, jovem, com baixo grau de escolarização e negra (SANTOS, 2017). Esse cenário é o ponto de partida para este artigo, que investiga o enquadramento jornalístico dos mecanismos de castigo no controle penal, em especial das pessoas sujeitas a essa responsabilidade, representadas principalmente pelo personagem “preso” nas narrativas midiáticas.

O objeto do estudo é a cobertura jornalística sobre o castigo penal realizada pelo telejornal de maior audiência no Brasil: o Jornal Nacional (JN) da Rede Globo de Televisão. Em específico, o estudo busca (i) mapear características gerais da cobertura, (ii) investigar elementos de racismo no enquadramento jornalístico e (iii) identificar elementos da cobertura que contribuem para o processo de estigmatização das pessoas sujeitas à responsabilidade penal.

A primeira contribuição empírica deste trabalho é a construção de uma base de dados primários, coletados em narrativas jornalísticas sobre castigo penal apresentadas em um período de três anos (novembro de 2014 a outubro de 2017). O universo da pesquisa abrange todas as 938 edições do telejornal exibidas nesse intervalo de tempo, em que foram veiculadas mais de 17 mil matérias. Todas essas matérias foram verificadas, para seleção de “amostra final” composta pela integralidade das 375 matérias em que a temática do castigo penal aparece como central.

O artigo está dividido em três seções, além desta introdução e da conclusão. Na primeira seção, apresentam-se as principais orientações teóricas do estudo, com breve revisão de literatura. Na segunda seção, são descritos os procedimentos de coleta e tratamento dos dados para, na terceira seção, expor os resultados e discutir o enquadramento jornalístico das pessoas sujeitas ao castigo penal, com destaque para o racismo, o silenciamento e a estigmatização.

I. REPRESENTAÇÃO DO CASTIGO PENAL PELA MÍDIA

Cada sociedade denomina *crime* certos atos, em um dado contexto histórico, operando um processo que os acadêmicos designam criminalização primária. E o fato de uma sociedade chamar de crime determinado ato não significa que ele será punido, operando um processo denominado criminalização secundária.¹ Entre uma norma que chama um ato de crime e a efetiva aplicação de punição há um intervalo significativo. Esse intervalo só é percorrido a depender de uma

• • •

1 Conforme ensina Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 10), a criminalização primária realiza-se na formalização do direito penal, por meio da “definição legal de crimes e penas”, e a criminalização secundária é

combinação de fatores sociais e econômicos relacionados ao autor, à vítima, ao local do ato, ao agente de punição, à eventual comoção social e à cobertura midiática, entre outros fatores.

Neste estudo, cujo marco teórico é a criminologia crítica (ou as criminologias críticas, conforme Sozzo [2006]), a punição criminal é denominada castigo, seguindo o pensamento de Foucault (1987). A escolha por investigar o “castigo” não é uma escolha óbvia. Nos mais recentes episódios da história do poder de punir, a pena começa a ser descrita, em especial na dogmática penal, para além da função de retribuição, e a palavra “castigo” passa a ser oficialmente substituída por conceitos que tentam explicar outras supostas funções: “ressocialização” e “reintegração social”,² por exemplo.

A escolha por investigar a prisão como *castigo penal*, neste estudo, decorre dos contornos do marco teórico da pesquisa em que, do ponto de vista da criminologia crítica, a ressocialização é uma falácia. A prisão não só é incapaz de produzir efeitos positivos para a ressocialização de uma pessoa, como, ao contrário, é criminógena. Os resultados de estudos empíricos sobre a ambiência social da prisão demonstram sua eficácia negativa sobre a oportunidade de reintegração social. Contudo, deve ser valorizada qualquer medida que seja adotada para tornar menos dolorosa (e danosa) a vida na prisão, quando a motivação é de mudança radical, no sentido de efetivação de direitos, e não mero reformismo tecnocrático a serviço da legitimação do sistema prisional (BARATTA, 1991).

Este estudo trata do sistema prisional brasileiro não porque haja uma “falência” a ser enxergada em sucessivas narrativas de rebeliões e “crises”. O sistema punitivo tem sido, na verdade, bastante exitoso, com rápido e contínuo processo de crescimento da população carcerária, focado em um grupo específico de pessoas com baixíssimas possibilidades de questionamento da engrenagem: jovens pretos e pardos, de baixa renda e de baixa escolaridade. Ainda que seja lento o ritmo de investigações policiais e de instrução dos processos penais, o sistema punitivo não desacelera quanto ao encarceramento. Aumenta-se o percentual de pessoas presas sem condenação, não se perde o ritmo de crescimento da população carcerária, masculina e feminina, com suas diferentes *nuances* e trágicas perdas.

A relação entre mídia³ e sistema de justiça criminal tem sido objeto de numerosos estudos, em especial sobre a questão da espetacularização do crime e da influência da cobertura

...

realizada pelo sistema de justiça criminal, “constituído pela polícia, justiça e prisão”, responsável pela “aplicação e execução de penas criminais”.

- 2 Baratta (1991) sustenta, na perspectiva da criminologia crítica, que o conceito de “reintegração social” é mais adequado do que os termos “ressocialização” e “tratamento”, os quais, segundo o autor, são herança da criminologia positivista, que tratava o apenado como um indivíduo anormal, inferior e “mau”, que precisa ser (re)adaptado à sociedade, considerada “boa”.
- 3 O termo “mídia” é bastante amplo. Nesta pesquisa, optou-se pela expressão “mídia” para se referir aos veículos de comunicação social como sujeitos produtores de narrativas jornalísticas.

midiática sobre o respeito (ou desrespeito) ao devido processo legal (BIDINO, 2014; MASI e MOREIRA, 2014; BUDÓ, 2013; SOUZA, 2012; SOUZA e FERREIRA, 2012; RAHAL, 2004; CARVALHO FILHO, 2003; BATISTA, 2002; VIDAL, 2003; PELUSO, 2002; TORON, 2001; BARATA, 2000; MELLO, 1998; CERVINI, 1994).

No que se refere aos estudos empíricos, com análise de cobertura, alguns tangenciam o tema das prisões ao explorar a cobertura midiática sobre o sistema de justiça criminal. Podem-se citar, por exemplo, análises sobre a cobertura de noticiários populares sobre o “mundo policaresco” (STACCIARINI, 2013), sobre a denúncia de prática sistemática de tortura nas carceragens policiais (ZANARDI, 2010), sobre crises no complexo prisional (LEITE, 2002; RODRIGUES, 2014). Nos estudos de caso, ganham destaque as rebeliões, episódios apresentados como escândalo. Alguns estudos problematizam a “naturalização” das crises prisionais narradas pelos jornais e o aspecto de inexorabilidade conferido pelas notícias sobre mortes violentas de pessoas encarceradas (ADORNO, 1999).

Encontram-se, ainda, estudos sobre a veiculação de notícias sobre os grupos organizados que atuam no sistema prisional, em especial o Primeiro Comando da Capital (PCC) (WANDSCHEER, 2008; CAMILO, 2009). Uma pesquisa empírica de fôlego nessa temática, realizada por Isabela Araújo e Thais Duarte, analisou como jornais de grande circulação (*Folha de S. Paulo* e *O Tempo*) cobriram a ação do PCC entre 2005 e 2017 (DUARTE e ARAÚJO, 2020).

Por fim, destaca-se o estudo das relações entre os discursos da mídia e as representações sociais das pessoas presas, em que Sena (2011) problematiza os estereótipos presentes nas narrativas jornalísticas e sua influência na construção do estigma. Além dele, Pedroso (2010) recorre à psicologia social e identifica repertórios simbólicos construídos sobre pessoas presas como personagens de livros, artigos e jornais.

A partir desta breve revisão de literatura pertinente a este artigo, é possível observar que as narrativas não são monolíticas. As abordagens dos discursos midiáticos são complexas, oscilam entre a vitimização e a demonização das pessoas presas, dada a complexidade dos fatos nesses episódios de conflitos do sistema prisional.⁴

Na literatura internacional, as pesquisas empíricas são numerosas, mas, em geral, não se dedicam a explorar as especificidades das representações midiáticas relativas à figura da pessoa presa. Mason (2006), por exemplo, monitora as narrativas da mídia britânica sobre prisões e depreende que a política penal populista e altamente punitiva do Reino Unido é resultado de discursos jornalísticos. Em argumento semelhante, Cheliotis (2010) aborda a contribuição dos meios de comunicação na formação de uma visão de mundo punitivista. Para o autor, a mídia exagera o problema do crime, atribui culpa a grupos marginalizados e critica fortemente a administração de prisões por pouca força ou controle.

...

⁴ Nesse sentido, é bastante interessante a abordagem de Braun (2013), em um dos poucos estudos que foca as peculiaridades da representação midiática das mulheres encarceradas no Brasil.

Especificamente sobre a cobertura da televisão, destacam-se alguns estudos produzidos nos Estados Unidos (WILSON e O’SULLIVAN, 2004) que geram reflexão sobre uma “criminologia visual” a partir da relevância das imagens transmitidas sobre as prisões e as pessoas presas na construção das representações sobre os processos de encarceramento (BROWN, 2014).

Quanto aos estudos centrados na cobertura midiática de crises prisionais, destacam-se as narrativas sobre rebeliões (MAHAN e LAWRENCE, 1996; THE TIMES, 1990). Nesse cenário, a centralidade da violência nas notícias sobre a realidade prisional, sua “espetacularização” e a característica de “negatividade” da cobertura têm sido aspectos identificados em algumas pesquisas (WELCH, WEBER e EDWARDS, 2000; CECIL e LEITNER, 2009; KENSICKI, 2004; RIOFRIO, 2012).

Especificamente sobre as representações midiáticas dos prisioneiros, Alhossary e Bin Abdullah (2014) identificam estratégias discursivas para destacar personagens e ações. Outros estudos com enfoques bem peculiares investigam as representações midiáticas sobre a monitoração eletrônica no Reino Unido (NELLIS, 2003), a relação dos *reality shows* dos Estados Unidos com a temática do sistema prisional (PAGE, 2015), além de uma comparação entre narrativas jornalísticas e textos ficcionais de sucesso (KEARON, 2012).

De modo geral, verificou-se na revisão de literatura que, embora sejam fartos os estudos de mídia voltados para a cobertura sobre os delitos, os sujeitos violadores do direito penal e a atuação policial do Estado, há pouca produção acadêmica, nacional e internacional, sobre os discursos dos veículos midiáticos quanto aos dias, meses e anos que se seguem ao momento do início do cumprimento da pena.

Uma explicação possível para a escassez de estudos de mídia sobre prisões pode estar nas próprias insuficiências relacionadas à cobertura da temática (BRUNT, 2000). Essa inferência nos pareceu plausível ao identificarmos bastantes estudos que tratam das dificuldades de acesso e de liberdade de atuação dos jornalistas no ambiente prisional (ROSS, 2011; DUNNE, 1998; KINDEL, 1998; GREEN, 1998).

A escassez de literatura especializada que se debruce sobre a cobertura midiática de prisões tende a implicar a insuficiência de elementos a subsidiar uma análise crítica de narrativas jornalísticas sobre as pessoas privadas de liberdade e suas condições de vida. Nesse sentido, este estudo busca oferecer uma nova contribuição ao campo da criminologia brasileira ao focar um período significativo de cobertura televisiva sobre os mecanismos de “castigo” penal,⁵ em especial o sistema prisional.

• • •

5 Nesta pesquisa, a internação no sistema socioeducativo foi considerada uma das formas de castigo penal. Embora o conceito de ato infracional seja distinto do conceito de crime e o conceito de medida de internação

2. DADOS E MÉTODOS

2.1. A ESCOLHA DO JORNAL NACIONAL

A escolha pelo Jornal Nacional foi realizada pela sua relevância como fonte de informação no período abrangido pela pesquisa. Em pesquisa do Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (Ibope), 77% dos brasileiros afirmaram assistir televisão todos os dias (média de 3 a 4 horas por dia) e 90% apontaram o jornalismo televisivo como sua primeira ou segunda fonte de informação mais importante. A TV Globo foi apontada por 73% dos entrevistados como emissora mais assistida e 54% das pessoas afirmaram que “confiam sempre” ou “confiam muitas vezes” no teor das notícias (BRASIL, 2016). Diante desses dados, é curioso lembrar a fala do dirigente da TV Globo, João Roberto Marinho, segundo o qual o telespectador, ao terminar de assistir ao Jornal Nacional, tem a sensação de que o que acabou de ver, “goste-se ou não, é a pura verdade” (MEMÓRIA GLOBO, 2005, p. 13).

Em pesquisa publicada em 2017 pela Fundação Getúlio Vargas, verifica-se significativo grau de confiança nas emissoras de televisão como instituições da sociedade brasileira, acima inclusive de entidades estatais como o Ministério Público, a polícia, o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário (FGV, 2017).

Na realidade do país, a relação entre cidadãos e o meio televisivo tem significativa profundidade e contribui para a formação das mentalidades de gerações brasileiras desde meados do século XX. Conforme demonstra a teoria do agendamento (“*agenda setting*”) e a perspectiva de construção social da realidade, há repercussões importantes no agendamento da sociedade em torno de determinadas pautas jornalísticas, influenciando a visão de mundo preponderante (ALENCAR, 2014).

Especificamente sobre o contexto de criminalização primária, é interessante a reflexão de Zaffaroni (2013) sobre a tendência atual de as leis penais serem elaboradas não mais pelos penalistas, como ocorria nos últimos séculos, mas agora pelos assessores dos políticos, conforme a agenda que os meios de comunicação de massa lhes indicam.

O jornalismo televisivo ocupa um “lugar de referência” no cotidiano da população brasileira, estabelece laços de confiabilidade com os espectadores e organiza uma realidade, pois tem centralidade na rotina dos brasileiros (VIZEU, 2008). Diante dessa percepção, pareceu importante que a escolha do objeto de estudo da pesquisa recaísse sobre esse meio.

Uma opção possível de *corpus* da pesquisa poderia ter sido algum dos populares programas de telejornalismo policial, que alguns autores têm classificado como *infotainment* –

...

seja distinto do conceito de pena, a realidade de privação da liberdade dos adolescentes nas unidades de internação é bastante similar à realidade dos adultos encarcerados. Além disso, na perspectiva da criminologia crítica, o controle e o castigo operam no mesmo sentido no funcionamento do sistema prisional e das unidades de internação do sistema socioeducativo (BUDÓ, 2013, p. 33).

híbrido de *information* e *entertainment* – ou *faction* – *fact* com *fiction* –, pois tratam as temáticas do controle penal com fortes efeitos dramáticos, chegando ao ponto de os jornalistas acompanharem ao vivo perseguições policiais (BUDÓ, 2013).

O papel desses noticiários, muitas vezes chamados de policialescos, tem sido investigado em diversos trabalhos acadêmicos, que abordam suas características sensacionalistas de exploração dramática do sofrimento da vítima, hipereposição de crimes violentos (ROMÃO, 2013) e violação de direitos (VARJÃO, 2015). O sensacionalismo, nesses noticiários, é uma forma específica de enquadramento. “Fruto da negociação entre fontes/audiências, repórteres e organizações, esse novo *frame* é consolidado nas empresas, não apenas por interesses mercadológicos, mas para reafirmar valores e julgamentos morais” (FRANCISCATO e GÓES, 2012).

O espectro bastante específico desses veículos e o fato de que já têm sido objeto de importantes estudos empíricos recentes fizeram com que não recaísse sobre eles a escolha do *corpus* da pesquisa ora apresentada.

O interesse de pesquisa estava mais voltado para a compreensão do modo como o castigo penal é representado na cobertura jornalística de escopo geral, ou seja, nos noticiários que tratam de todos os temas relevantes do debate público brasileiro. Assim se deu a opção por um universo de pesquisa constituído por notícias do Jornal Nacional, programa televisivo existente desde 1969, ou seja, há quase 50 anos no ar, com elevada audiência.

O JN surgiu no período da ditadura militar como o primeiro telejornal a ser exibido em rede para todo o país. Inaugurou o conceito de noticiário nacional na realidade da comunicação social brasileira, em que a maior parte das matérias precisa ser de interesse geral e não de alcance meramente regional. Segundo João Roberto Marinho, filho de Roberto Marinho, “de certa maneira, o Jornal Nacional nasceu adulto” (MEMÓRIA GLOBO, 2005, p. 11). Há cinco décadas, o programa jornalístico é assistido diariamente por milhões de pessoas, no chamado “horário nobre”.

2.2. COLETA E TRATAMENTO DE DADOS

O processo de construção das notícias depende de um sistema de filtragem de informações. No cotidiano das edições, as equipes dos telejornais reúnem um volume substancial de informações de fontes, assessorias de imprensa e agências. Avaliam cada uma delas de acordo com um conjunto de critérios de noticiabilidade, ou seja, com atribuição de valores-notícias, para então realizar a produção das matérias focadas nos fatos considerados noticiáveis (TRAQUINA, 1993).

Esse processo é permeado por agendas, vieses e visões de mundo dos indivíduos (e das instituições) que produzem as notícias. Portanto, ao analisar as matérias veiculadas pelo Jornal Nacional, é possível aferir visões e posicionamentos quanto à questão do castigo penal que são difundidos em grande escala. Foram analisadas mais de 17 mil matérias, referentes a todas as 938 edições do telejornal veiculadas entre novembro de 2014 e outubro de 2017.

A coleta dos dados foi dividida em duas grandes etapas. A primeira etapa ocorreu da seguinte forma:

- (i) identificação das matérias relativas ao controle penal (segurança pública em sentido amplo) dentro do *corpus* de 17.719 matérias;
- (ii) coleta das informações das 3.045 matérias sobre controle penal e classificação das matérias em 12 categorias segundo a temática central (ver Quadro 1);
- (iii) coleta das informações específicas das matérias sobre castigo penal (ver Quadro 2).

QUADRO 1 – INFORMAÇÕES COLETADAS PARA TODAS AS MATÉRIAS

INFORMAÇÃO COLETADA	DESCRIÇÃO
TÍTULO DA MATÉRIA	FORNECIDO PELA EMISSORA NO <i>SITE</i> EM QUE É DISPONIBILIZADO O ACERVO DE VÍDEOS DO JORNAL; JÁ NA VEICULAÇÃO TELEVISIVA, AS MATÉRIAS NÃO TÊM TÍTULOS.
DATA	DATA DA EDIÇÃO EM QUE A MATÉRIA FOI VEICULADA.
CATEGORIA TEMÁTICA CENTRAL	ATO VIOLENTO/CRIMINOSO; FORÇAS DE SEGURANÇA; JUDICIÁRIO/MINISTÉRIO PÚBLICO/LEGISLAÇÃO; POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA/SETOR PÚBLICO; DROGAS; SEGURANÇA PRIVADA; QUESTÕES DA SOCIEDADE CIVIL; FENÔMENO DA VIOLÊNCIA; ESTATÍSTICAS/PESQUISAS; PERFIL; VIOLÊNCIA NO TRÂNSITO; E CASTIGO PENAL.
TEMAS SECUNDÁRIOS	TEMAS SECUNDÁRIOS ABORDADOS NA MATÉRIA.
FOCO GEOGRÁFICO DA MATÉRIA	DE MODO A INDICAR SE O FOCO É RELEVANTE OU IRRELEVANTE, INTERNACIONAL OU NACIONAL (SENDO RELEVANTE), LOCALIZADO OU NÃO EM UMA OU MAIS UNIDADES FEDERATIVAS ESPECÍFICAS (SENDO NACIONAL).
TIPO DE MATÉRIA	NOTA SECA/PELADA; NOTA COBERTA; REPORTAGEM SIMPLES; REPORTAGEM COM NOTA PÉ.
DURAÇÃO	DURAÇÃO/TEMPO DE VEICULAÇÃO DA MATÉRIA NA TELEVISÃO.
FONTE	TIPOS DE FONTE JORNALÍSTICA CUJA UTILIZAÇÃO FOI EXPLICITADA NA MATÉRIA (ERA POSSÍVEL ESCOLHER MAIS DE UMA OPÇÃO): – OFICIAL: AUTORIDADE DO PODER PÚBLICO; – EMPRESARIAL: REPRESENTA UMA CORPORAÇÃO EMPRESARIAL DA INDÚSTRIA, DO COMÉRCIO, DE SERVIÇOS OU DO AGRONEGÓCIO;

(continua)

- SOCIEDADE CIVIL/INSTITUCIONAL: REPRESENTA UMA ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS OU GRUPO SOCIAL, SENDO TAMBÉM CHAMADA DE “FONTE INDEPENDENTE”, POIS DEFENDE UMA CAUSA SOCIAL OU POLÍTICA (ADVOCACY);
- INDIVIDUAL: REPRESENTA A SI MESMA, PODENDO SER UMA PESSOA COMUM, PERSONALIDADE POLÍTICA, CULTURAL OU PROFISSIONAL LIBERAL, DESDE QUE NÃO FALE POR UMA ORGANIZAÇÃO OU GRUPO SOCIAL;
- TESTEMUNHAL: FUNCIONA COMO ÁLIBI PARA A IMPRENSA, POIS REPRESENTA AQUILO QUE VIU OU OUVIU, COMO PARTÍCIPE OU OBSERVADORA;
- ESPECIALIZADA: PESSOA OU ORGANIZAÇÃO DE NOTÓRIO SABER ESPECÍFICO (ESPECIALISTA, PERITO, INTELLECTUAL), RELACIONADO A UMA PROFISSÃO OU À ÁREA DE ATUAÇÃO, A QUEM O JORNALISTA RECORRE PARA ANALISAR TEMA COMPLEXO;
- REFERÊNCIA: REFERENCIAIS QUE FUNDAMENTAM O CONTEÚDO JORNALÍSTICO, TAIS COMO BIBLIOGRAFIA, DOCUMENTO, DOSSIÊ, MÍDIA, LIVROS, PRODUÇÕES CIENTÍFICAS, TECNOLÓGICAS OU CULTURAIS;
- SEM INDICAÇÃO DE FONTE.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 2 – INFORMAÇÕES COLETADAS PARA AS MATÉRIAS SOBRE CASTIGO PENAL

INFORMAÇÃO COLETADA	DESCRIÇÃO
TEMÁTICA DOMINANTE	<ul style="list-style-type: none"> • APREENSÃO DE DROGAS/ARMAS/OBJETOS • ATUAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO • FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL • GESTÃO/CONDIÇÕES PENITENCIÁRIAS/SUPERLOTAÇÃO • MAUS-TRATOS CONTRA AGENTES/GREVE DA CATEGORIA • MAUS-TRATOS CONTRA DETENTOS/CORRUPÇÃO/PREVARICAÇÃO • REBELIÃO • RESTRIÇÃO DE DIREITOS/DIREITOS DAS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL • QUESTÕES ESPECIAIS DOS PRESÍDIOS FEMININOS • FUGA • DESTINO DE PRESOS/MONITORADOS/CONDENADOS CONHECIDOS (EX.: BEIRA-MAR) • TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS PRESAS • EGRESSOS • PROGRAMAS PROFISSIONALIZANTES/EDUCATIVOS • PRESOS PROVISÓRIOS • REGALIAS
TRANSCRIÇÃO	<p>TEXTO FORNECIDO PELA PRÓPRIA EMISSORA NA PÁGINA ELETRÔNICA DO JORNAL NACIONAL OU TEXTO TRANSCRITO EM CASO DE NÃO DISPONIBILIZAÇÃO DA TRANSCRIÇÃO NA REFERIDA PÁGINA.</p>

Fonte: Elaboração própria.

A segunda etapa da coleta consistiu no tratamento das 375 matérias que tinham *castigo penal*⁶ como categoria temática central, com estratégia de análise empírica baseada em uma descrição quantitativa do mapeamento de características gerais das matérias e um esforço de analisar o conteúdo das matérias por meio do enquadramento jornalístico.

No que se refere à identificação de tendências com parâmetros quantitativos, tal opção metodológica foi inspirada em estratégia bastante similar empregada em importante pesquisa produzida pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC), da Universidade Cândido Mendes, voltada para a cobertura jornalística dos temas relacionados à violência e à segurança pública. Nesse sentido, os pesquisadores daquele Centro explicam que buscavam perceber quais “temas estão sendo debatidos nos jornais, com que profundidade e abrangência, quais são os atores sociais envolvidos no debate e identificar possíveis novas tendências” (RAMOS e PAIVA, 2007, p. 8).

Os métodos de análise e tratamento de dados organizam procedimentos de extração de sentido dos dados de textos e imagens, e configuram, portanto, uma metodologia de interpretação (CRESWELL, 2007). Nesse sentido, buscou-se, na teoria da comunicação, o método da análise de enquadramento jornalístico como instrumento para compreender como o tema do castigo penal foi representado.

O enquadramento é o cerne do fazer jornalístico. É o que diz uma boa parte dos teóricos da comunicação há algumas décadas, desde que o conceito foi elaborado por Goffman (1986). Cada notícia é construída a partir de um recorte, uma seleção. O jornalista precisa decidir o que enfatizar e o que omitir, ao colocar uma moldura em determinados fatos e, então, contribuir para o processo de construção social da realidade a partir desses recortes.

A escolha do método de análise de enquadramento justifica-se por viabilizar, a partir de um acompanhamento ao longo do tempo, a identificação de “um padrão a respeito de determinado tema, que, ao final, revela a representação dominante, isto é, o conjunto de valores associados ao tema. Exatamente por isso é considerado um salto qualitativo na análise de conteúdo” (GUAZINA, 2011, p. 81).

Aplicou-se uma Ficha de Análise Geral de Enquadramento na qual foram abrangidos os principais aspectos de investigação a partir da definição de duas seções. A Seção A – Destaque

...

6 Nesse sentido, é importante destacar que só foram classificadas nessa categoria as matérias que tratavam de fatos ocorridos após a prisão ou a aplicação de outra medida de castigo penal, como o uso de tornozeleira e a internação no sistema socioeducativo. Não integram esse conjunto as matérias cujo principal fato noticiado é “foi condenado” ou mesmo “foi preso”. Isso porque o objetivo é compreender a narrativa midiática sobre a realidade da execução da pena (e de outros castigos) no Brasil e não sobre a sua aplicação ou sobre a atuação policial nas suas atividades ostensiva e investigativa.

da matéria na edição – reuniu os dados sobre data da edição, tipo de matéria e duração da matéria (já coletados anteriormente), já a Seção B – Fontes e objeto da matéria – reuniu os dados sobre tipos de fonte da matéria e sobre foco geográfico (já coletados anteriormente), além de acrescentar quatro novos elementos de análise: abrangência da matéria, representação de rebeliões, espaço físico do estabelecimento penal e referência à legislação.

Na Ficha de Análise de Personagens, os elementos buscavam características das pessoas representadas nas narrativas jornalísticas, como representação individual ou coletiva, posição/opinião, regalias, direitos, motivos de mortes de pessoas sujeitas à responsabilidade penal, entre outras. Além destes, também foram identificados elementos representativos do perfil de pessoas sujeitas à responsabilidade penal nas matérias. Os elementos e as alternativas estão sistematizados nos Quadros 1 e 2 do Apêndice A.

A discussão de resultados da pesquisa completa não caberia no escopo deste artigo. Portanto, dada a necessidade de limitação, trataremos especificamente dos dados de algumas variáveis de pesquisa, referentes aos aspectos gerais da cobertura e à representação, em textos e imagens, das pessoas sujeitas à responsabilidade penal.

3. RESULTADOS

Os resultados da análise estão apresentados em duas partes: as características gerais das matérias sobre castigo penal e a representação das pessoas sujeitas à execução penal, com especial enfoque no sistema prisional brasileiro.

3.1. ASPECTOS GERAIS DAS MATÉRIAS SOBRE CASTIGO PENAL

Foram identificadas 120 matérias no primeiro ano de cobertura estudado, 66 matérias no segundo ano e 189 matérias no terceiro. O número de ocorrências por mês variou significativamente, mas a contagem mais frequente manteve-se na faixa de seis a dez matérias exibidas por mês. Não houve nenhum mês, ao longo do período abarcado, em que não tenham sido veiculadas matérias sobre castigo penal.

No período estudado, houve 938 edições do Jornal Nacional, em que foram veiculadas, ao todo, 17.719 matérias. Em cálculo simples, podemos dizer que houve uma média mensal de 492 matérias sobre as diversas temáticas abrangidas por sua rotina de produção de notícias. Nesse sentido, considerando uma média mensal de nove matérias sobre castigo penal identificadas, pode-se dizer que a temática do castigo penal representa 1,8% do universo de matérias veiculadas pelo Jornal Nacional. Caso considerados os números absolutos (375 em relação a 17.719), o percentual é de 2,1%.

Há um período discrepante ocorrido no início de 2017, quando uma situação de crise bastante aguda, ocorrida nos estados do Amazonas, de Roraima e do Rio Grande do Norte, foi objeto de intensa cobertura jornalística. O pico de cobertura aparece no Gráfico 1 na área sombreada, tendo sido identificadas 62 matérias sobre castigo penal apenas no mês de

janeiro de 2017. A situação de crise, em que 119 pessoas foram mortas, está indicada no referido gráfico como “Massacres AM, RR e RN”.⁷

GRÁFICO 1 – DISTRIBUIÇÃO DAS MATÉRIAS AO LONGO DO TEMPO



Fonte: Elaboração própria.

Os resultados sobre duração, tipos de matéria, sujeitos retratados, abrangência da matéria estão presentes na Tabela 1. A maioria das matérias tem duração de até um minuto. Além disso, considerou-se interessante comparar dois grupos de matérias: aquelas que possuem alguma referência textual a rebeliões (independentemente de ser ou não o assunto dominante da matéria) e as demais matérias. Dessa forma, foi possível perceber a peculiaridade da extensão da cobertura jornalística sobre situações de crise prisional⁸ em relação

...

7 A expressão “massacres” corresponde à denominação conferida pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) e pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) em relatório oficial divulgado em 28 de novembro de 2018 – quase dois anos após a ocorrência dos fatos. O documento apresenta informações e denúncias gravíssimas. Apenas 5% de 185 recomendações tinham sido cumpridas desde os massacres e 71 presos do Rio Grande do Norte permaneciam “desaparecidos”, ou seja, não havia registro de fuga ou transferência e não se sabia se foram mortos no massacre (BRASIL, 2018).

8 A expressão “crise”, nesta pesquisa, trata de eventos inesperados que geram desequilíbrio no ambiente prisional, em especial rebeliões, as quais costumam atrair cobertura jornalística para o que ocorre em determinado

à cobertura “cotidiana” do tema do castigo penal, uma vez que matérias que possuem referências a rebeliões são, de maneira geral, mais longas do que as demais (ver Gráfico 2).

TABELA 1 – CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS MATÉRIAS

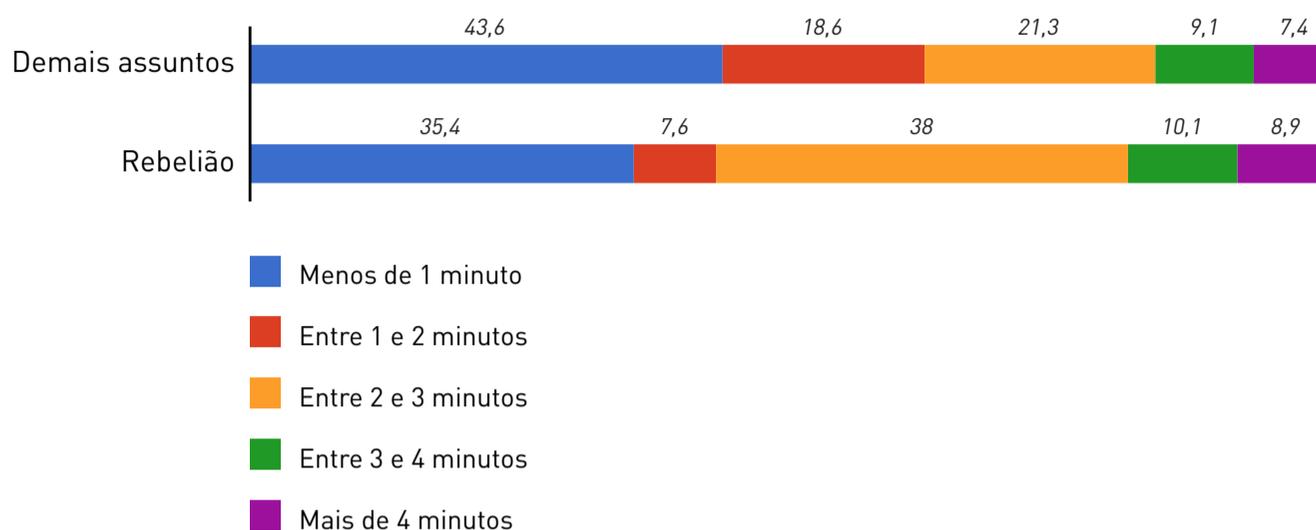
VARIÁVEL	CATEGORIAS	N.	%
DURAÇÃO	MENOS DE 1 MINUTO	157	41,87
	ENTRE 1 E 2 MINUTOS	61	16,28
	ENTRE 2 E 3 MINUTOS	93	24,82
	ENTRE 3 E 4 MINUTOS	35	9,31
	MAIS DE 4 MINUTOS	29	7,72
TIPO DE MATÉRIA	NOTA SECA	32	8,60
	NOTA COBERTA	126	33,70
	REPORTAGEM SIMPLES	123	32,90
	REPORTAGEM COM NOTA PÉ	93	24,90
SUJEITOS RETRATADOS	SUJEITOS FAMOSOS	202	53,87
	SUJEITOS COMUNS	173	46,13
ABRANGÊNCIA DA MATÉRIA	ENFOQUE EPISÓDICO APENAS FACTUAL	278	74,10
	ENFOQUE EPISÓDICO NÃO APENAS FACTUAL	83	22,10
	ENFOQUE TEMÁTICO	14	3,80

Fonte: Elaboração própria.

...

estabelecimento. Segundo Sykes (2007), na rebelião, a pessoa presa volta à vista de todos, negando a premissa de que haveria um poder inquestionável sobre o seu corpo. “As insurreições não se encerram com o retorno do controle oficial, mas se tornam uma parte da estrutura, como uma falha deixada em um pedaço de aço que foi submetido a tensão excessiva. E se elas, de certa forma, continuam muito depois que o espetáculo público passou, deve-se também reconhecer que as rebeliões não vêm à tona de repente: elas são a culminação de uma série de crises menores, cada qual colocando em funcionamento forças para a criação de uma crise nova e mais grave. As rebeliões, portanto, não são ‘acidentes’. Ao contrário, [...] a prisão parece se mover num ritmo cíclico, da ordem para a desordem, e da desordem para a ordem” (FRANÇA, SCHEFFER e MARTINI, 2019, p. 313).

GRÁFICO 2 – DURAÇÃO DA MATÉRIA POR TEMÁTICA



Fonte: Elaboração própria.

O tipo de matéria é importante porque mostra a relevância do que está sendo noticiado pela presença ou ausência do repórter (ver Tabela 1). A presença do repórter (a qual distingue as *notas* das *reportagens*) é considerada um elemento de fortalecimento da credibilidade da notícia. A importância do repórter como condutor da narrativa jornalística está no elo que se estabelece com a audiência. A nota seca, também denominada “nota pelada”, é aquela em que a notícia é lida pelo apresentador sem qualquer imagem de ilustração e corresponde a 8,6% dos casos. A nota coberta é aquela em que a notícia é lida pelo apresentador com imagem de ilustração – 33,7% das matérias analisadas. Nesses dois tipos de matéria, a equipe de jornalismo não precisa se deslocar até o local dos fatos, limitando-se a relatar o ocorrido a partir de informações que podem ter sido coletadas a distância. Nos casos em que foram identificadas a imagem e a voz de um repórter, a matéria foi classificada como uma reportagem. Categorizou-se, nesta pesquisa, essas matérias em dois tipos: reportagem simples, quando a notícia é finalizada com o vídeo do repórter (32,9% dos casos), e reportagem com nota pé, quando após o vídeo do repórter há a leitura de informações complementares pelo apresentador (24,9% dos casos).

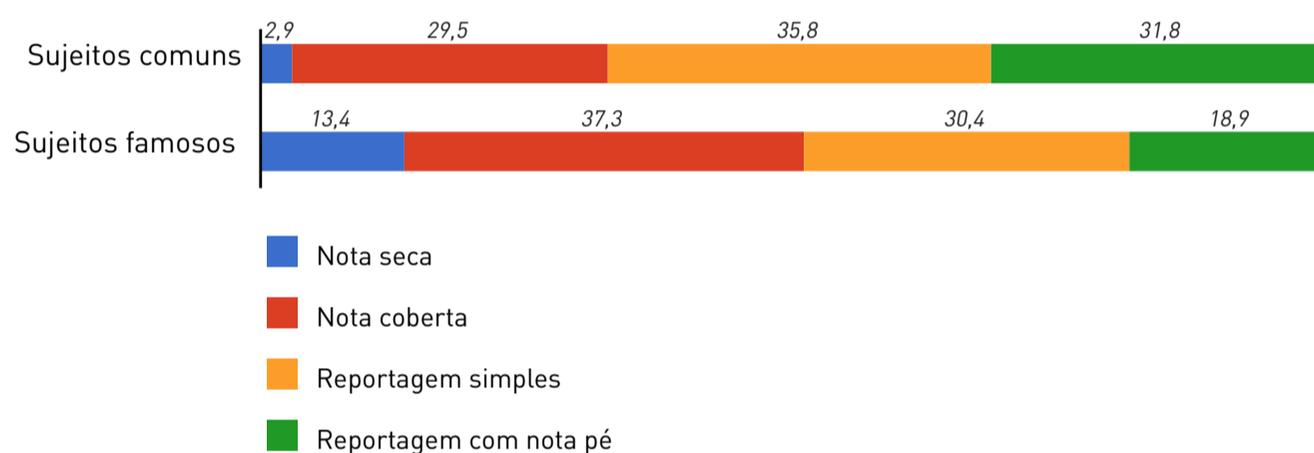
Além disso, durante o período de análise, 53,8% das matérias sobre execução penal (202 no universo de 375) tratam de situações em que alguma peculiaridade torna notório aquele caso ou a condição individual de determinada pessoa, conforme demonstra a Tabela 1 (sujeitos retratados). A pessoa sujeita à responsabilidade penal pode ser conhecida por sua própria condição (político, artista, atleta, etc.), pelo fato de sua vítima ser famosa ou mesmo pelo fato de o seu caso ter se tornado um “caso famoso”. Portanto, decidiu-se avaliar os dados em formato comparativo entre dois grupos: matérias sobre sujeitos famosos e matérias sobre sujeitos comuns.⁹

...

⁹ A necessidade dessa distinção entre matérias sobre sujeitos comuns e matérias sobre sujeitos famosos surgiu desde a primeira observação dos dados. Nos exercícios iniciais de leitura das notícias do período, foi

Conforme demonstra o Gráfico 3, entre as matérias que tratam de sujeitos comuns, houve predomínio do uso de reportagens simples (35,8% dos casos) e de matérias classificadas como reportagens com nota pé (31,8% dos casos). Entre as matérias sobre sujeitos famosos, verificou-se predomínio da utilização de notas cobertas (37,3%) e de reportagens simples (30,4%). Por outro lado, em perspectiva comparativa, a maior diferença entre os dois grupos foi observada no uso das notas secas, matérias bastante enxutas, em que não aparece qualquer imagem de ilustração nem VT (*videotape*) de repórter. A diferença é superior a quatro vezes, pois 13,4% das matérias sobre sujeitos famosos são notas secas e apenas 2,9% das matérias sobre sujeitos comuns foram identificadas nessa categoria.

GRÁFICO 3 – TIPO DE MATÉRIA POR SUJEITOS RETRATADOS



Fonte: Elaboração própria.

Já no que se refere à abrangência da matéria, nota-se na Tabela 1 que 74,1% são classificadas como de enfoque episódico, tratam de um fato de maneira pontual. Em 22,1% das matérias, houve algum tipo de abordagem que extrapola o aspecto factual, ou seja, em que o enquadramento realizado permitiu recuperar o histórico da temática, fazer referência à realidade prisional de uma maneira mais ampla, apresentar estatísticas gerais ou demonstrar qualquer esforço de avaliação crítica sobre a sistemática de execução penal. O enfoque temático esteve restrito a apenas 3,8%, o que corresponde a somente 14 matérias.

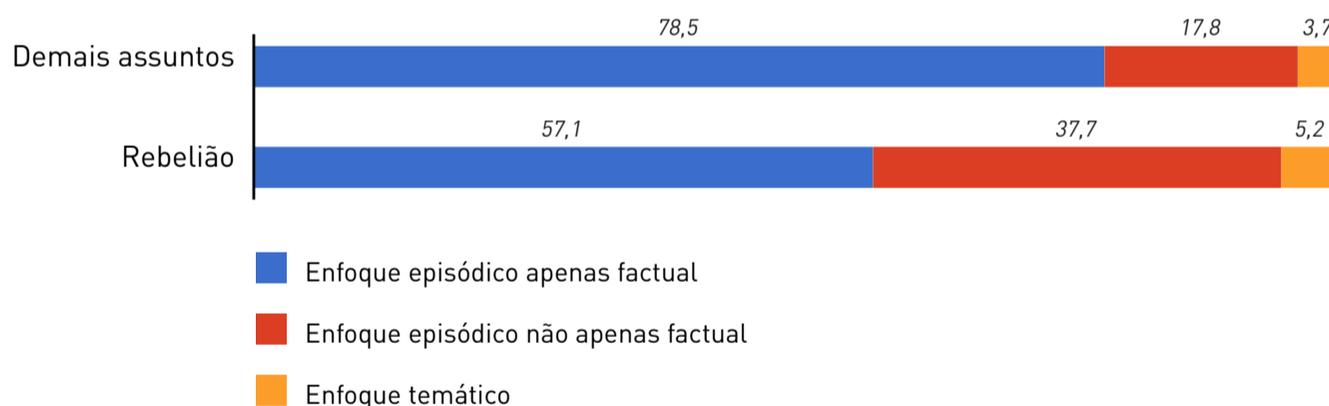
...

identificado um volume expressivo de narrativas sobre casos bem específicos, em que a abordagem sobre o sistema penal aparecia recortada de maneira especial. Esse olhar comparativo, portanto, pareceu bastante valioso para compreender empiricamente o fenômeno da seletividade penal, intensamente debatido nas teorias do campo da criminologia crítica.

Por um lado, o predomínio do enfoque factual era esperado, dado o modelo de *hard news* do Jornal Nacional, como telejornal diário de amplo espectro de assuntos. Por outro lado, dadas a complexidade da temática e a gravidade dos problemas identificados por diversos estudos empíricos e documentos de organismos internacionais sobre a realidade do sistema prisional brasileiro, parecia possível (e relevante) que uma abordagem mais reflexiva fosse realizada.

Ainda sobre a abrangência da matéria, pareceu interessante explorar como se comporta o enquadramento do telejornal quando o assunto dominante envolve situações de crise prisional, em que há rebeliões. Nesse sentido, foram identificados os resultados contidos no Gráfico 4. Quando comparado o grupo de matérias sobre rebeliões ao grupo de matérias sobre os demais assuntos, o enfoque episódico tem percentual bastante similar (94,8% e 96,3%, respectivamente, somando as duas primeiras categorias de classificação). No entanto, é substancial a diferença entre esses grupos quando observado o percentual de matérias em que a abordagem episódica extrapola o aspecto meramente factual. No grupo em que o assunto dominante é rebelião, o percentual de matérias de enfoque episódico que extrapolam o aspecto meramente factual (37,7%) é mais do que o dobro do percentual encontrado no grupo de matérias de outros assuntos (17,8%).

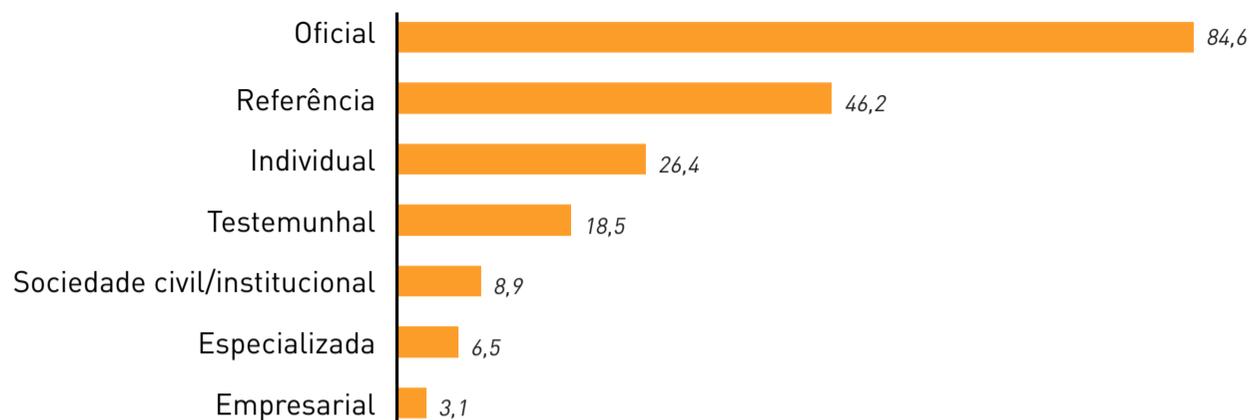
GRÁFICO 4 – **Abrangência da matéria por temática**



Fonte: Elaboração própria.

Na análise empírica, a identificação de tipos de fontes jornalísticas visava contribuir para a análise de enquadramento jornalístico, tendo em vista que a escolha de quais fontes consultar é um dos elementos mais importantes da rotina de produção de notícias. Conforme indicado no Gráfico 5, o predomínio da fonte oficial é marcante, abrange 84,6% das matérias analisadas. A soma das ocorrências de todos os tipos de fonte é superior a 100%, já que uma mesma matéria pode citar mais de uma fonte.

GRÁFICO 5 – TIPO DE FONTE JORNALÍSTICA CITADA



Fonte: Elaboração própria.

A relevância desse predomínio de fontes oficiais nas matérias sobre o sistema penal é objeto de reflexão no estudo empírico conduzido por Budó (2013). A autora afirma que “o uso de fontes credíveis ligadas, sobretudo, a fontes oficiais, que nos casos criminais são agentes do sistema penal,¹⁰ reproduz as suas definições também seletivas e preconceituosas da criminalidade” (BUDÓ, 2013, p. 251). Segundo a concepção de responsabilidade social da imprensa que o próprio Jornal Nacional afirma adotar, o jornalismo informativo deve “propiciar relatos fiéis e exatos, separar notícias de opinião, apresentar pontos de vista contrários, assumir um papel educativo” (GUAZINA, 2011, p. 127). A pluralidade de fontes, portanto, seria essencial para o que o próprio jornal entende como “bom jornalismo”: “regido pelos valores da objetividade, exatidão, isenção, diversidade de opiniões e interesse público” (GUAZINA, 2011, p. 127).

Em síntese, portanto, das características gerais, é possível observar que as matérias analisadas são bem distribuídas ao longo do tempo, com exceção para o início de 2017 (massacres no AM, RR e RN). A maior parte das matérias é de curta duração (tem até 1 minuto), mas, quando tratam de rebeliões, tendem a ser mais longas. A maioria das matérias também é classificada como nota coberta ou reportagem simples e retrata sujeitos famosos. Além disso, quase $\frac{3}{4}$ das matérias examinadas têm enfoque episódico apenas factual, mas, quando classificadas por temática, aquelas sobre rebeliões têm maior abrangência (enfoque episódico não apenas factual). Por fim, há significativo predomínio de fontes oficiais, e, quanto ao enfoque geográfico, a maioria das matérias retrata a realidade brasileira (72%).

...

10 Sobre o predomínio da “verdade policial”, é especialmente interessante a pesquisa realizada por Maria Gorete Marques de Jesus (2020), com enfoque nas narrativas sobre tráfico de drogas.

3.2. REPRESENTAÇÃO DAS PESSOAS SUJEITAS À EXECUÇÃO PENAL NAS MATÉRIAS

Esta segunda parte da análise refere-se à representação jornalística das pessoas sujeitas à execução penal, com especial enfoque nas pessoas privadas de liberdade no sistema prisional.

Quanto ao perfil das pessoas, as variáveis tiveram como referencial as categorias cobertas pelo levantamento do Infopen (SANTOS, 2017). Conforme dados da Tabela 2, a imensa maioria das matérias do Jornal Nacional não possui textualmente, ou seja, em discurso explícito do apresentador ou do repórter, informações detalhadas sobre as pessoas sujeitas à responsabilidade penal. A única exceção é a variável referente a gênero, já que a flexão no uso de artigos, substantivos e adjetivos das falas já é suficiente para a sua identificação em 86,7% das matérias.

TABELA 2 – EXISTÊNCIA DE REFERÊNCIA TEXTUAL¹¹ A CADA CATEGORIA

	HÁ REFERÊNCIA TEXTUAL
GÊNERO	86,7%
FAIXA ETÁRIA	10,4%
ESCOLARIDADE	2,9%
ESTADO CIVIL	8,5%
DEFICIÊNCIA	1,9%
NACIONALIDADE	15,7%
EXISTÊNCIA/NÚMERO DE FILHOS	6,1%
RAÇA/COR	0,3%
TIPO PENAL	49,6%
TEMPO DA PENA	28,0%

Fonte: Elaboração própria.

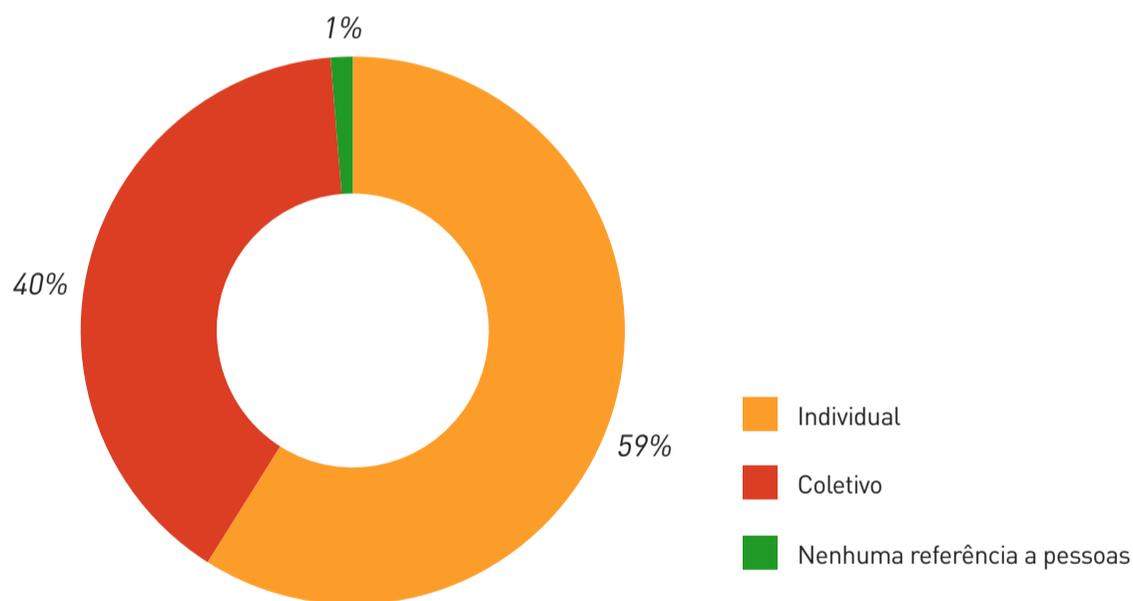
...

11 Para a categoria “Deficiência”, os resultados aludem à referência textual ou por imagem da pessoa com deficiência na matéria analisada.

No conjunto de 186 matérias em que há menção ao tipo penal pelo qual responde a pessoa sujeita à responsabilidade penal (49,6% da amostra sobre castigo penal), 151 matérias fazem alusões a sujeitos famosos. Logo, as referências textuais ao tempo da pena estão presentes em 74,7% das matérias sobre sujeitos famosos (151 de 202 matérias) e em 20% das matérias sobre sujeitos comuns (35 de 173 matérias). Já no conjunto de 105 matérias em que há referência ao tempo da pena da pessoa sujeita à responsabilidade penal (28% da amostra sobre castigo penal), 88 matérias fazem alusão a sujeitos famosos. Logo, as referências textuais ao tempo da pena estão presentes em 43,5% das matérias sobre sujeitos famosos (88 de 202 matérias) e em 9,8% das matérias sobre sujeitos comuns (17 de 173 matérias).

Além das características sociodemográficas e referentes à pena, foram utilizadas categorias de análise sobre enfoque e sobre possibilidade de voz nas matérias, a partir dos dados de três variáveis: representação individual ou coletiva das pessoas, denominação das pessoas (pejorativa, neutra ou por nome próprio) e representação de opiniões das pessoas. A partir da análise no Gráfico 6, nota-se a predominância do enfoque individual em 59% das matérias.

GRÁFICO 6 – ENFOQUE DE REPRESENTAÇÃO DAS PESSOAS



Fonte: Elaboração própria.

No que se refere à denominação dos sujeitos, seja ela pejorativa, neutra ou com menção ao nome próprio, o principal objetivo era compreender se a suposta busca por objetividade do jornalismo¹² no processo de produção de notícias do Jornal Nacional garantia uma

...

12 Essa suposta busca por objetividade sofre duras críticas na teoria da comunicação (MORETZSOHN, 2002).

denominação neutra das pessoas sujeitas à responsabilidade penal. Para realizar tal análise, listaram-se algumas opções de termos comuns nessa temática. As expressões “bandido” e “criminoso” foram consideradas pejorativas, tendo em vista que já apresentam as pessoas como responsáveis pela realização de ilícitos penais, mas sem utilizar os termos que seriam adequados conforme a perspectiva legal. As demais expressões, identificadas como denominação (em especial, “condenado”, “preso”, “presidiário”, “interno” e “detento”), foram consideradas neutras pelo fato de possuírem significado técnico-jurídico, ainda que possam ser “vistas de forma negativa” em alguns estudos que avaliam valência ou que utilizam referenciais teóricos específicos da linguística e da teoria da comunicação.¹³

Os resultados encontrados foram: as expressões¹⁴ “bandido” e “bandidos” aparecem em um grupo de 25 matérias, e as expressões “criminoso” e “criminosos” aparecem em um grupo de 23 matérias referindo-se às pessoas sujeitas à responsabilidade penal. Não foram consideradas na contagem as matérias em que as expressões aparecem referindo-se a grupos e não diretamente a pessoas. Portanto, expressões como “facção criminosa”,¹⁵ “organização criminosa” e “grupo criminoso” não foram contabilizadas nos resultados dessa variável. Como dez matérias são de interseção, ou seja, estão contidas em ambos os grupos (referência a “bandido/bandidos” e a “criminoso/criminosos”), pode-se afirmar que há denominação pejorativa das pessoas sujeitas à responsabilidade penal em 38 matérias.

Os resultados expostos no Gráfico 7 são interessantes. Embora a imensa maioria das matérias não faça referência textual pejorativa à pessoa (apenas 38 matérias do total de 370 em que há referência textual a pessoas), vale notar que praticamente todas as ocorrências foram observadas em matérias sobre sujeitos comuns. Foram identificadas 32 matérias sobre sujeitos comuns em que aparece alguma forma de denominação pejorativa (19% de 168)¹⁶ e apenas seis matérias sobre sujeitos famosos com denominação pejorativa (2,9% de 202 matérias).

...

13 É ilustrativo o estudo empírico de Welliton Carlos da Silva (2009), que busca identificar o “potencial de violência simbólica” do modo como os “suspeitos” são mencionados e retratados por imagens nas notícias.

14 Não apareceu nenhuma ocorrência no feminino, ou seja, “bandida” ou “bandidas”, “criminosa” ou “criminosas”.

15 É importante ter em vista o fenômeno de expansão territorial da atuação de grupos organizados no sistema prisional, denominado pelos pesquisadores Camila Dias e Bruno Manso (2017) “faccionalização do país”. Esse processo é associado a opções políticas no campo da segurança pública que formataram um cenário propício para a nacionalização das redes: elevação das taxas de encarceramento, aumento do déficit de vagas nas prisões e padrão violento de atuação policial, focado nos confrontos em detrimento de investigação de inteligência, com altas taxas de letalidade e muitas denúncias de corrupção, tortura e espancamento (MANSO e DIAS, 2017).

16 A referência aqui é de 168 matérias (e não de 173, que é o conjunto total de matérias sobre sujeitos comuns da amostra), pois não estão sendo consideradas as cinco matérias em que não há referência textual a pessoas.

GRÁFICO 7 – DENOMINAÇÃO PEJORATIVA DAS PESSOAS



Fonte: Elaboração própria.

Quanto à menção ao nome dos sujeitos, no conjunto de 242 matérias em que aparecem os nomes próprios das pessoas sujeitas à responsabilidade penal (65% do total de 370 matérias em que aparece referência textual a pessoas), 197 referem-se a sujeitos famosos. Os dados apontam significativa anonimização dos sujeitos comuns nas narrativas jornalísticas. Além disso, em algumas matérias, os repórteres e apresentadores utilizam apenas um codinome, como uma espécie de “apelido do crime”. O uso de apelidos (como opção do enquadramento jornalístico) é um dos recursos retóricos do processo de estigmatização de pessoas sujeitas à responsabilidade penal, reiterando preconceitos. As narrativas jornalísticas reduzem as possibilidades de se criarem espaços de superação, em especial quanto à figura do traficante varejista de drogas, apropriada como uma figura inimiga (FELIX e VIANNA, 2015).

Nesse sentido, a partir da elaboração de Misse (1999) sobre os estágios da “acumulação social da violência”, é possível perceber a relevância do papel da mídia na construção social do crime, em especial pelo modo como as representações dos sujeitos nas narrativas jornalísticas operam no processo de estigmatização.

A última categoria de análise referente aos elementos discursivos e à possibilidade de voz dos sujeitos reportados nas matérias é a representação de opiniões das pessoas. Essa dimensão é considerada relevante pois está diretamente relacionada a uma dita imparcialidade do fazer jornalístico de diferentes veículos (pluralismo externo), com o compromisso de reportar as notícias de forma equilibrada quanto a diferentes pontos de vista sobre os fatos (pluralismo interno).¹⁷

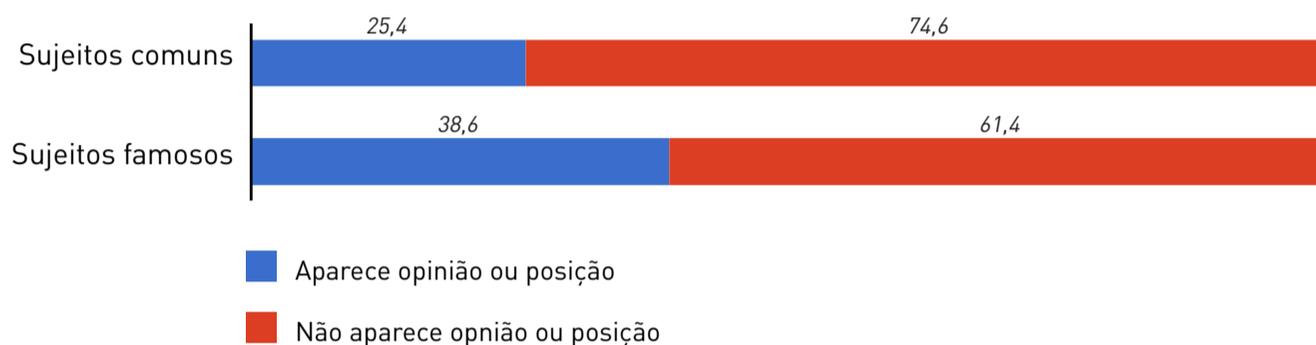
...

Isso porque o conjunto de 370 matérias em que há referência textual a pessoas sujeitas à responsabilidade penal é formado pelas 202 matérias sobre sujeitos famosos e por 168 matérias sobre sujeitos comuns.

17 Especialistas apontam, em perspectiva crítica, os limites do pluralismo midiático nas democracias liberais, construídas em torno de um consenso básico em que vozes dissidentes ou desviantes não precisam ser consideradas (MIGUEL e BIROLI, 2010; SOARES, 2011).

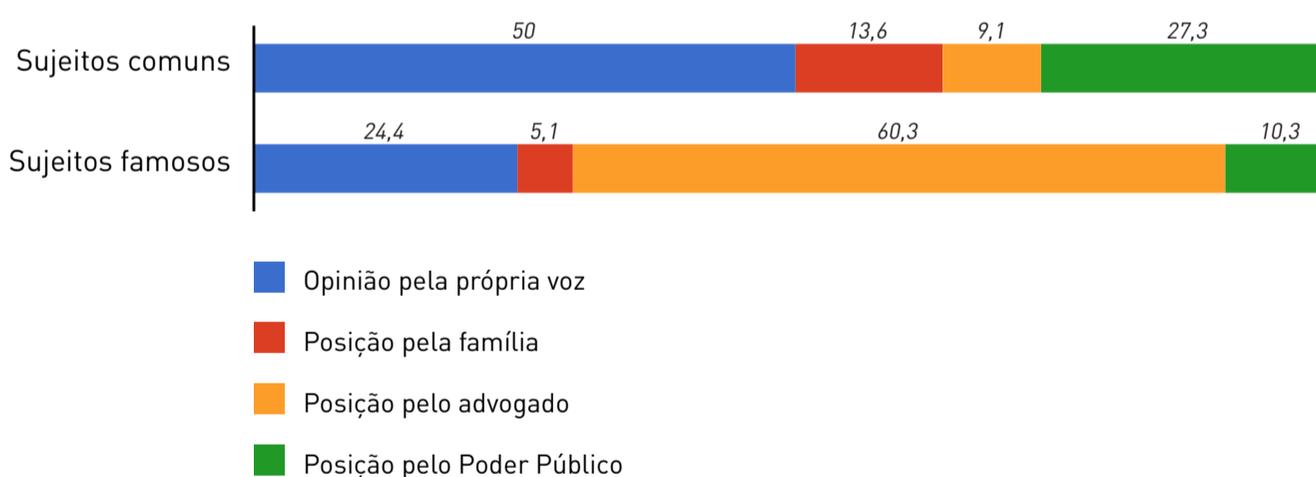
Os resultados dos Gráficos 8 e 9 são bastante reveladores do silenciamento produzido pelo enquadramento. O Gráfico 8 indica que as vozes das pessoas sujeitas à responsabilidade penal parecem não se adequar bem ao “espaço da controvérsia legítima” em que se move a prática cotidiana do Jornal Nacional (MIGUEL e BIROLI, 2010).

GRÁFICO 8 – **OPINIÃO/POSICIONAMENTO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL**



Fonte: Elaboração própria.

GRÁFICO 9 – **EMISSOR DE OPINIÃO/POSICIONAMENTO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL**



Fonte: Elaboração própria.

Dentro do minoritário grupo de matérias em que a posição/opinião da pessoa sujeita à execução penal aparece, a oportunidade de sujeitos famosos expressarem-se é pelo menos 50% mais frequente do que a oportunidade de sujeitos comuns se expressarem. Ao longo do período estudado de três anos, sujeitos famosos tiveram sua opinião/posição apresentada

de alguma forma em 38,6% das matérias, ainda que com emissores intermediários. No caso dos sujeitos comuns, sua opinião/posição foi (supostamente) apresentada em apenas 25,4% das matérias.

Cabe ainda destacar a significativa predominância da voz do advogado nos casos de sujeitos famosos (ocorrência seis vezes mais frequente do que nos casos de sujeitos comuns). Tais dados podem ser indício interessante da diferença do tratamento discursivo conferido pelo Jornal Nacional diante das condições de acesso à justiça desses distintos grupos de pessoas. Ainda que na maioria dos casos os sujeitos comuns não tivessem advogado atuante e disponível para ser consultado como fonte da matéria (o que posso cogitar, embora não seja aferível nesta pesquisa), é notório que atualmente a Defensoria Pública possui competência legal e capacidade institucional para falar sobre a realidade da execução penal em defesa dos direitos das pessoas privadas de liberdade. Diante desses resultados, é interessante refletir sobre as possibilidades de um pluralismo midiático social, que ultrapassaria os limites do pluralismo político, abrindo “espaço à disseminação de visões de mundo associadas às diferentes posições na estrutura social, que são a matéria-prima na construção das identidades coletivas” (MIGUEL e BIROLI, 2010, p. 64).

A parte final da análise empírica deste artigo terá enfoque na representação de corpos, com referência, principalmente, à questão racial. Diante do contexto de uma população prisional majoritariamente masculina, jovem, com baixo grau de escolarização e negra (SANTOS, 2017), um dos principais resultados desta análise é a total omissão da cobertura do Jornal Nacional quanto à relevância da questão racial e da desigualdade de renda na realidade do sistema prisional brasileiro. E a expressão “total omissão” não é exagero retórico. Em nenhuma matéria do período pesquisado referente à realidade brasileira apareceu qualquer das seguintes palavras: “racismo”, “raça”, “racial”, “negro”, “negra”, “desigualdade”, “desigual”, “renda”, “pobre”, “pobreza”, “analfabeto”, “analfabetismo” ou “escolaridade”.

Em contraste com todos os diagnósticos oficiais e estudos empíricos que destacam a questão da desigualdade de renda e do racismo como problemas estruturais do funcionamento do controle penal no Brasil, no conjunto de mais de 17 mil matérias do maior telejornal do país, há apenas duas matérias sobre castigo penal em que a palavra “negro” (ou “negra”) aparece, ambas referentes à realidade dos Estados Unidos. A ausência da temática da desigualdade racial e do racismo nos textos das matérias sobre a execução penal no Brasil é um problema em si. O papel do racismo como pilar do funcionamento do sistema punitivo é realidade flagrante, profundamente relacionada à estrutura escravocrata que durou séculos (STAPLES, 1975).

Em pesquisa empírica bastante significativa sobre os aspectos de raça e classe na cobertura midiática de autos de resistência, Quirino (2017) identifica que o enquadramento jornalístico, ao restringir-se a um caráter episódico, sem relacionar os fatos noticiados aos dados sobre a letalidade de jovens pobres negros, deixa de propiciar uma compreensão contextualizada do fenômeno do genocídio da juventude negra.

No entanto, nesta pesquisa, constatou-se que a situação da cobertura do Jornal Nacional é ainda mais grave do que uma condição de silêncio e omissão nos textos quanto ao aspecto de raça (ou seja, de seletividade do controle) na realidade brasileira do castigo penal. Quando avaliados os resultados sobre o modo como são apresentadas as imagens das pessoas sujeitas à responsabilidade penal, percebe-se que o enquadramento acaba por reforçar a seletividade do controle penal e o racismo estrutural.

Nesse sentido, são bastante ilustrativos os dados das variáveis sobre imagens de pessoas sujeitas à responsabilidade penal apresentadas a seguir: a cor/raça dos corpos, a nudez dos corpos,¹⁸ a subjugação corporal¹⁹ e a “periculosidade”²⁰ em formato comparativo entre as matérias relativas a sujeitos famosos e as relativas a sujeitos comuns. Tais dados tratam apenas do conjunto de 301 matérias em que aparecem imagens.

Os dados do Gráfico 10 abrangem três elementos das matérias em que aparecem imagens de pessoas sujeitas à responsabilidade penal: a cor/raça dos corpos, simplificada como negros ou brancos,²¹ a condição de sujeitos famosos ou comuns e a situação de nudez/seminudez

• • •

18 *Cor/raça e nudez dos corpos*

- As imagens de pessoas sujeitas à responsabilidade penal apresentam corpos nus ou seminus negros.
- As imagens de pessoas sujeitas à responsabilidade penal apresentam corpos nus ou seminus brancos.
- As imagens de pessoas sujeitas à responsabilidade penal apresentam corpos negros vestidos.
- As imagens de pessoas sujeitas à responsabilidade penal apresentam corpos brancos vestidos.

19 *Aspectos de subjugação corporal*

- Uma ou mais pessoas sujeitas à responsabilidade penal aparece(m) nas imagens de cabeça baixa.
- Uma ou mais pessoas sujeitas à responsabilidade penal aparece(m) nas imagens em posição ajoelhada ou sentada no chão.
- Uma ou mais pessoas sujeitas à responsabilidade penal aparece(m) nas imagens com rosto coberto em posição corporal subjugada.
- Uma ou mais pessoas sujeitas à responsabilidade penal aparece(m) nas imagens com mãos algemadas.
- Uma ou mais pessoas sujeitas à responsabilidade penal aparece(m) nas imagens com outro aspecto de sujeição corporal que não está listado nas alternativas anteriores.
- Não há aspectos de sujeição corporal nas imagens de pessoas sujeitas à responsabilidade penal.

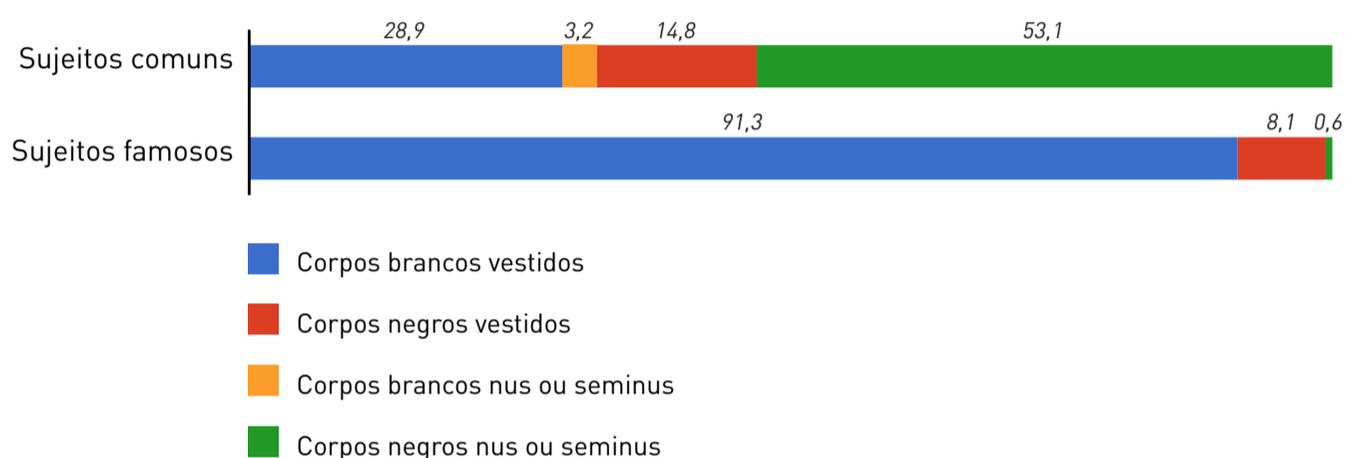
20 *Aspectos de “periculosidade”*

- Uma ou mais pessoas sujeitas à responsabilidade penal aparece(m) nas imagens realizando atos de violência.
- Uma ou mais pessoas sujeitas à responsabilidade penal aparece(m) nas imagens portando armas.
- Uma ou mais pessoas sujeitas à responsabilidade penal aparece(m) nas imagens com rosto coberto em posição corporal ativa ou ameaçadora.
- Uma ou mais pessoas sujeitas à responsabilidade penal aparece(m) nas imagens portando ou usando drogas.
- Não há aspectos de “periculosidade” nas imagens de pessoas sujeitas à responsabilidade penal.

21 Uma análise preliminar da amostra indicou que não havia corpos de outra cor/raça/etnia, de modo que se optou por simplificarmente prever apenas duas categorias: corpos brancos e corpos negros. A classificação das imagens das pessoas foi realizada a partir da avaliação subjetiva de três pesquisadores.

ou de corpos vestidos. Nas imagens de matérias sobre sujeitos comuns submetidos à execução penal, as ocorrências de corpos negros nas matérias totalizam 67,9% (14,8% + 53,1%) e as ocorrências de corpos brancos são de 32% (28,9% + 3,2%). Dentro desse universo de sujeitos comuns, um corpo negro aparece nu ou seminu no Jornal Nacional mais do que o triplo de vezes em que aparece vestido nas matérias sobre castigo penal. Já a imagem de um corpo branco vestido é nove vezes mais frequente do que a imagem de um corpo branco nu ou seminu.

GRÁFICO 10 – COR DOS CORPOS NUS E COR DOS CORPOS VESTIDOS



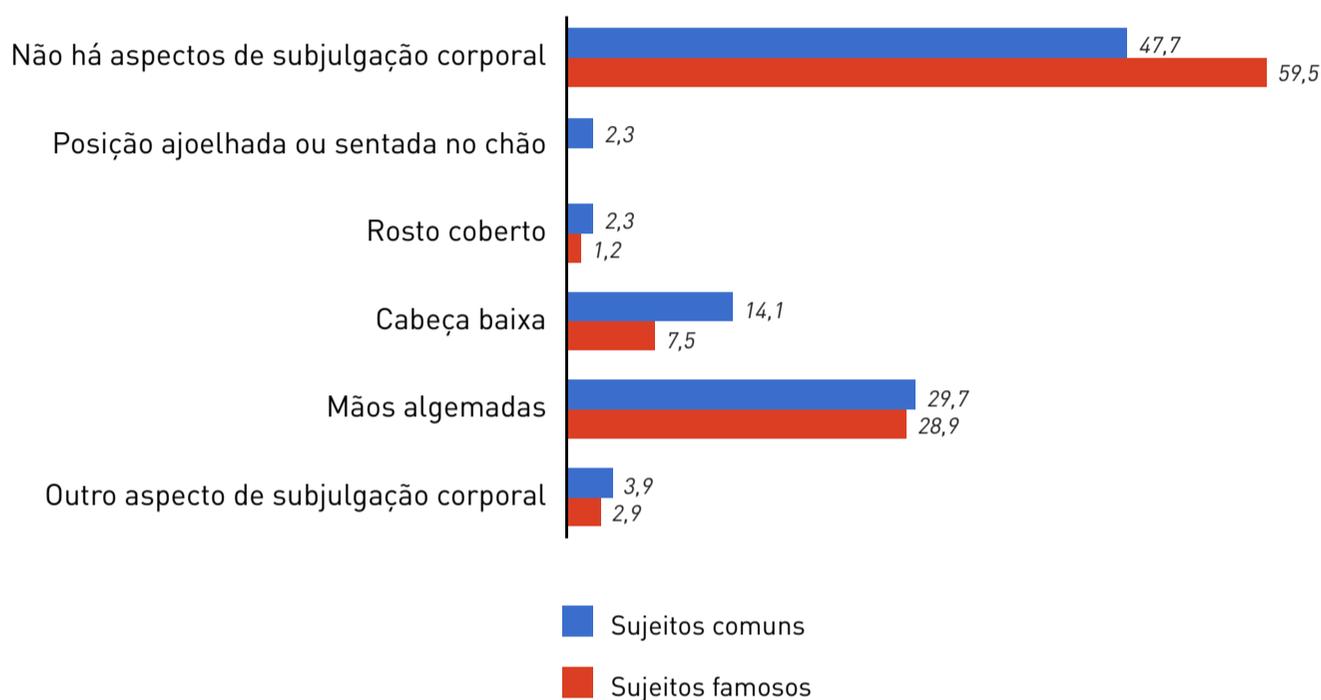
Fonte: Elaboração própria.

Nas matérias que tratam da realidade da execução penal de sujeitos famosos, os corpos brancos vestidos representam a quase totalidade das imagens do Jornal Nacional, chegando a 91,3% das ocorrências desse subgrupo. Os corpos negros, nessas matérias, são escassos, aparecendo em 8,7% delas: 8,1% são corpos negros vestidos e 0,6% são corpos negros nus ou seminus. No entanto, a constatação mais impactante proporcionada pelo Gráfico 10 é a comparação entre os dados de corpos brancos nus/seminus e os dados de corpos negros nus/seminus nas matérias sobre sujeitos comuns. Nesse conjunto de matérias, quando um corpo aparece nu/seminu em uma matéria sobre castigo penal, há 17 vezes mais chance de ser um corpo negro do que um corpo branco. A nudez, portanto, tem cor/raça no enquadramento jornalístico da cobertura do Jornal Nacional sobre o castigo penal. O corpo nu é o corpo negro.

No que se refere à subjugação dos corpos, os resultados apresentados no Gráfico 11 indicam como aparecem, nas imagens das matérias, elementos caracterizadores de subjugação dos corpos das pessoas submetidas ao castigo penal, comparando as diferenças de dados entre o conjunto de matérias sobre sujeitos famosos e sujeitos comuns. Uma primeira constatação é o percentual de matérias em que há aspectos de subjugação dos corpos. No conjunto de matérias sobre sujeitos famosos, a subjugação corporal aparece em 40,5% dos casos, e no conjunto

relacionado aos sujeitos comuns, a subjugação corporal aparece em 52,3% dos casos.²² Esse resultado remete a Hall (2016), que aborda a naturalização da inferioridade (subalternização) do corpo negro a partir da análise de um amplo conjunto de imagens de corpos negros ao longo de séculos, abrangendo materiais publicitários, cenas do cinema, fotografias de esportes, ilustrações de livros e revistas, obras de arte.

GRÁFICO 11 – ASPECTOS DE SUBJUGAÇÃO DOS CORPOS DAS PESSOAS



Fonte: Elaboração própria.

Finalmente, no que tange à representação de aspectos de “periculosidade” das pessoas sujeitas ao castigo penal, buscou-se relacionar o estereótipo do criminoso e o fenômeno de sua estigmatização (GOFFMAN, 1986), objeto de estudo da criminologia crítica. Foram considerados aspectos possivelmente caracterizadores de uma suposta “periculosidade”, conforme resultados apresentados no Gráfico 12.²³ Os resultados indicam que em nenhuma

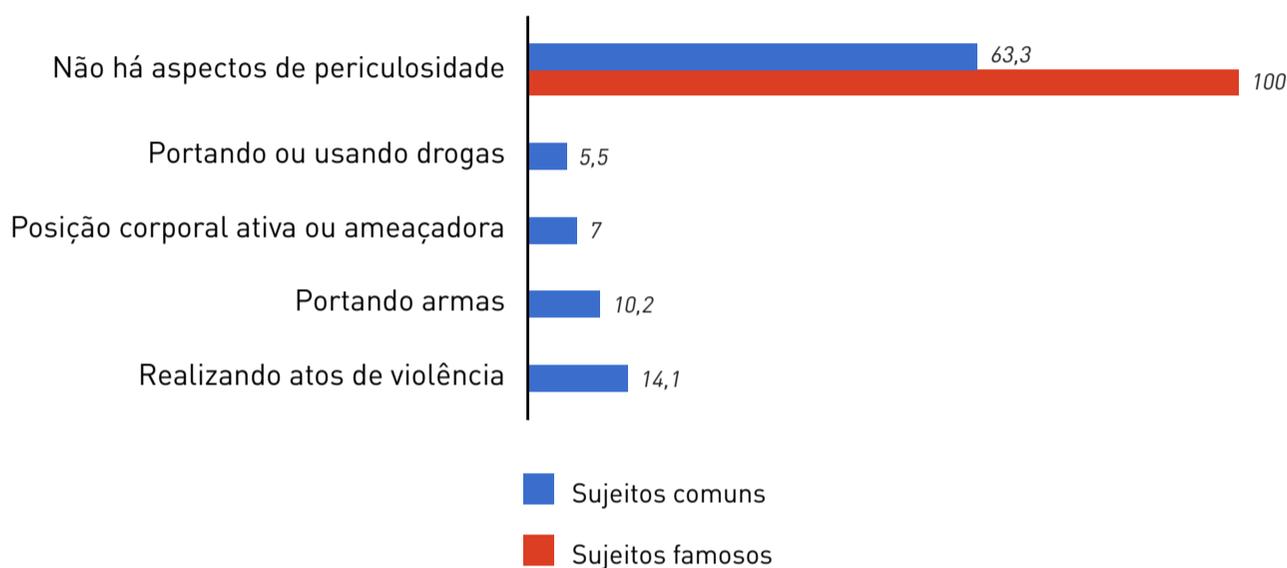
...

22 Em um teste de associação formal entre essa variável de subjugação corporal e a variável de nudez dos corpos conforme cor/raça, percebeu-se uma evidência de associação entre a exibição de corpos nus negros e elementos de subjugação corporal (p-valor < 0,05, seguindo o nível de significância padrão de 5%). Corpos brancos, vestidos ou não, estão mais associados às matérias em que não há subjugação corporal.

23 Como essa variável permitia múltiplas respostas para cada matéria, o Gráfico 12 apresenta percentuais que indicam a distribuição percentual do total de ocorrências. Logo, o referencial de 100% não é o número total de matérias, mas o número total de respostas.

das 173 matérias com imagens sobre sujeitos famosos foram identificados aspectos de “periculosidade”. Portanto, as imagens das narrativas jornalísticas não atribuem aos sujeitos famosos a condição de pessoas “perigosas”, que devem ser temidas pela sociedade. Quanto às narrativas jornalísticas sobre sujeitos comuns, em 36,8% das matérias estão presentes aspectos de “periculosidade”, destacando-se, entre as ocorrências registradas, a realização explícita de atos de violência (14,1%) e o fato de a pessoa aparecer na imagem portando uma arma (10,2%).²⁴

GRÁFICO 12 – ASPECTOS DE “PERICULOSIDADE” DAS PESSOAS



Fonte: Elaboração própria.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi investigar o enquadramento sobre o castigo penal no Jornal Nacional da Rede Globo de Televisão, telejornal de maior audiência do Brasil, com especial foco na representação das pessoas sujeitas à responsabilidade penal.

No universo de mais de 17 mil matérias veiculadas em 938 edições sucessivas do telejornal, foi possível mapear as características gerais dessa cobertura, que se mostrou, em geral, uniformemente distribuída ao longo dos três anos estudados. As matérias eram, via de regra,

...

²⁴ Em um teste de associação formal entre a variável de “periculosidade” e a variável de nudez dos corpos conforme cor/raça, foram identificadas duas evidências bastante robustas. Uma delas é a preponderância de corpos brancos, vestidos ou não, nas matérias cujas imagens não apresentam elementos de “periculosidade”. A outra evidência é a associação entre a exibição de corpos negros nus/seminus e elementos de “periculosidade” nas imagens (p-valor < 0,05, seguindo nível de significância padrão de 5%).

de curta duração (exceto quando tratavam de rebeliões), marcadamente de caráter meramente factual e baseadas em fontes oficiais de informação, sem contemplar reflexões acerca da realidade do sistema prisional brasileiro.

A partir da análise de variáveis relacionadas à representação das pessoas, os principais resultados apontam a intensidade da cobertura sobre sujeitos famosos, além dos aspectos de silenciamento, estigmatização e racismo da cobertura, em especial no que se refere a variáveis de cor/raça dos corpos, à subjugação corporal, a aspectos de suposta “periculosidade”, à denominação pejorativa e à representação de opinião/posição das pessoas. O modo como ocorre a exposição dos corpos e a ausência de elementos discursivos de reflexão sobre o perfil de pobre preto dos presos demonstram a relevância do enquadramento jornalístico sobre o castigo penal. Se “só é visto o que é mostrado, então as escolhas realizadas diariamente pelos veículos de comunicação importam e muito na compreensão que se tem da realidade” (BUDÓ, 2013, p. 239).

A seletividade penal é invisibilizada por uma cobertura jornalística que, ao longo de anos, naturaliza o fato de que a imensa maioria dos presos brasileiros tem cor específica – são negros –, e classe social específica – são pessoas pobres que não tiveram seu direito à educação assegurado, entre outros direitos e garantias fundamentais. É também omitido o fato de que esses pretos pobres não gozam de adequado acesso à justiça, pois um significativo percentual permanece anos em privação de liberdade sem condenação judicial.

Na temática do controle penal, o jornalismo está extremamente vinculado à narrativa das fontes oficiais, reproduzindo com elevada predominância a visão do poder público sobre os fatos relacionados à segurança pública e ao sistema prisional.

A partir dos critérios do “bom jornalismo” (GUAZINA, 2011, p. 127), a pluralidade de fontes deveria ser um critério fortemente perseguido. No entanto, o predomínio de fontes oficiais é enorme na cobertura do castigo penal analisada, conforme indicam os dados neste artigo, e a apresentação de pontos de vista divergentes, em especial a posição/opinião da pessoa sujeita à responsabilidade penal (por si própria ou mesmo pela voz de terceiros), não foi encontrada na imensa maioria das matérias.

O enquadramento do Jornal Nacional sobre o castigo penal não demonstra, assim, alguns cuidados de pluralismo interno (tentativa de reportar fatos de forma equilibrada) considerados “básicos” na rotina de produção de notícias, tendo em vista a objetividade como um ritual estratégico de legitimação da prática jornalística (TUCHMAN, 1972).

Os resultados da pesquisa expõem a enorme dimensão do silenciamento da opinião/voz dos sujeitos comuns sujeitos à execução penal, encontrado em 82,7% das matérias, excluindo da contagem as 14 matérias em que o poder público é quem emite a suposta opinião/posição da pessoa. Essa exclusão é devida, pois, no cenário de graves violações de direitos e problemas de gestão em que se encontra o sistema prisional brasileiro (conforme indicam os numerosos processos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos [SIDH-OEA] e os dados oficiais do Infopen), é bastante delicado tomar como fidedigna uma versão estatal do que seria a opinião/posição das pessoas sujeitas à responsabilidade penal.

Os aspectos de “periculosidade” associados aos corpos nus e seminus negros delimitam “o inimigo da sociedade, hoje representado perfeitamente no Brasil pelo adolescente, negro ou pardo, pobre e favelado” (BUDÓ, 2013, p. 257). Nesse contexto, as narrativas midiáticas sobre os criminosos “perigosos” produzem significativas consequências para as práticas de criminalização primária e secundária, conforme demonstram estudos empíricos sobre os efeitos da cobertura jornalística na formação de uma opinião pública de tendência punitivista (ROBERTS e DOOB, 1990). As notícias operam como um dos mecanismos de legitimação do modo de funcionamento do controle penal. “O processo jornalístico de divulgação da atividade de controle do crime pelas agências do sistema penal constitui parte dessa atividade de controle” (BUDÓ, 2013, p. 244).

Dessa forma, conforme sustentado pela criminologia crítica, os resultados deste estudo evidenciam o papel dos meios de comunicação de massa como agentes de um processo de seleção e condicionamento criminalizante, reforçando um mecanismo racista de produção de medo e estigmatização.

AGRADECIMENTOS

A autora agradece os ensinamentos da Professora Ela Wiecko Volkmer de Castilho e a colaboração voluntária, na coleta de dados, de dez assistentes de pesquisa do Grupo Candango de Criminologia (GCCRIM) da Universidade de Brasília (UnB): Ana Letícia Rodrigues da Costa Bezerra, Diogo da Silva Ferreira, Elis Bandeira Alencar Brayner, Giovanni Castiglioni Castilho, Igor Souza Neres, Isabela Fruet de Freitas, Lauriane Matos da Rocha, Michelle Cardoso Schonarth, Vinicio Luis Silva Oliveira, Vitor Nunes Lages. Além disso, no tratamento de dados, teve o auxílio técnico do jornalista Victor Pires Ferreira Corrêa, também como assistente de pesquisa, em colaboração financiada com recursos próprios.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Prisões, violência e direitos humanos no Brasil. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pedro (orgs.). *Direitos humanos no século XXI*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1999. v. 2. p. 1005-1030.

ALENCAR, Helena Castro. *Suíte no telejornalismo: o agendamento dos fatos no Jornal Nacional*. 2014. 116 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/13109/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Helena%20Castro%20de%20Alencar.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2022.

ALHOSSARY, Abeer Barakat; BIN ABDULLAH, Mohd Faiz Sathivellu. Representations of the ‘Palestinian Prisoners-Shalit Swap’ in Selected Arab and Israeli Online News Articles. *International Journal of Applied Linguistics and English Literature*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 178-186, mar. 2014.

BARATA, Francesc. La violencia y los *mass media*. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 255-267, jan./mar. 2000.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social. In: ARAÚJO JR., João Marcello (org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2º sem. 2002.

BIDINO, Cláudio. Mídia, crime e justiça criminal nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 227-257, set./out. 2014.

BRASIL. *Relatório de Monitoramento de Recomendações: Massacres Prisionais dos Estados do Amazonas, do Rio Grande do Norte e de Roraima*. Brasília: Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, 2018. 173 p. Relatório.

BRASIL. Secretaria Especial de Comunicação Social. *Pesquisa brasileira de mídia 2016: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira*. Brasília: Secom, 2016.

BRAUN, Helen Garcez. *As múltiplas prisões femininas: um estudo sobre os textos e contextos midiáticos no ambiente prisional*. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/6679/1/000459090-Texto%2bCompleto-0.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BROWN, Michelle. Visual Criminology and Carceral Studies: Counter-images in the Carceral Age. *Theoretical Criminology*, [s. l.], v. 18, n. 2, p. 176-197, maio 2014.

BRUNT, Jonathan. Behind Closed Doors: Covering America’s Prisons. *The Quill*, [s. l.], v. 88, n. 8, p. 1-11, 2000.

BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil*. 2013. 542 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/34641>. Acesso em: 2 abr. 2022.

CAMILO, Jairo. *O jornal e a prisão: uma análise da cobertura dos ataques do PCC em 2006 pela Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo*. 2009. 230 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/04/O-jornal-e-a-pris%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 5 out. 2022.

CARVALHO FILHO, Luis Francisco. Mídia, violência e sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 225-235, jan./mar. 2003.

CECIL, Dawn; LEITNER, Jennifer. Unlocking the Gates: An Examination of MSNBC Investigates – Lockup. *The Howard Journal of Criminal Justice*, [s. l.], v. 48, n. 2, p. 184-199, maio 2009.

CERVINI, Raúl. Incidencia de las *mass media* en la expansión del control penal en Latinoamérica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 37-54, jan./mar. 1994.

CHELIOTIS, Leonidas. The Ambivalent Consequences of Visibility: Crime and Prisons in the Mass Media. *Crime, Media, Culture*, [s. l.], v. 6, n. 2, p. 169-184, ago. 2010.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CRESWELL, John. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. Porto Alegre: Artmed, 2007.

DAUFEMBACK, Valdirene. *Psicologia e Direito: o uso dos conceitos psicológicos no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

DUARTE, Thais Lemos; ARAÚJO, Isabela Cristina Alves. PCC em pauta: narrativas jornalísticas sobre a expansão do grupo pelo Brasil. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 505-532, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.17648/dilemas.v13n2.23020>. Acesso em: 5 jul. 2022.

DUNNE, Daniel. Handling Foreign Media Requests. *Corrections Today*, [s. l.], v. 60, n. 1, p. 42, fev. 1998.

FELIX, Carla Baiense; VIANNA, Antonio Carlos Ferreira. Imprensa e preconceito: a relação entre favela e celebridades no mundo do crime. *Dossiê: Cotidiano e Experiência*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 124--136, 2º sem.

2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/logos/article/viewFile/19612/16053>. Acesso em: 2 abr. 2022.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA, Leandro Ayres; SCHEFFER, Gisele Kronhardt; MARTINI, Ana Maria Magnus. Resenha do livro “A Sociedade dos Cativos”, de Gresham M. Sykes. *Revista Liberdades*, [s. l.], n. 27, p. 301-315, jan./jun. 2019.

FRANCISCATO, Carlos Eduardo; GÓES, José Cristian. Contribuições da teoria do enquadramento para compreender o sensacionalismo no jornalismo. *Animus – Revista Interamericana de Comunicação Midiática*, v. 11, n. 22, dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/animus/article/view/6564>. Acesso em: 3 out. 2022.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). Relatório Índice de Confiança na Justiça no Brasil – ICJ Brasil. 1º semestre 2017. São Paulo: Escola da Direito de São Paulo, 2017. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 5 out. 2022.

GOFFMAN, Erving. *Frame Analysis*. Boston: Northeastern University Press, 1986.

GREEN, Frank. Doors Closing to Media. (Freedom of Information 1998 Special Report). *The Quill*, [s. l.], v. 86, n. 7, p. 16-42, set. 1998.

GUAZINA, Liziane Soares. *Jornalismo em busca da credibilidade: a cobertura adversária do Jornal Nacional no Escândalo do Mensalão*. 2011. 256 f. Tese (Doutorado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

HALL, Stuart. *Cultura e representação*. Rio de Janeiro: PUC-Rio/Apicuri, 2016.

JESUS, Maria Gorete Marques de. Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s. l.], v. 35, n. 102, p. 1-15, 2020.

KEARON, Tony. Alternative Representations of the Prison and Imprisonment: Comparing Dominant Narratives in the News Media and in Popular Fictional Texts. *Prison Service Journal*, [s. l.], n. 199, p. 4-9, jan. 2012. Disponível em: <http://www.crimeandjustice.org.uk/sites/crimeandjustice.org.uk/files/PSJ%20January%202012%20No.%20199.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

KENSICKI, Linda. No Cure for what Ails Us: The Media-constructed Disconnect between Societal Problems and Possible Solutions. *Journalism and Mass Communication Quarterly*, [s. l.], v. 81, n. 1, p. 53-73, abr. 2004.

KINDEL, Tip. Media Access. *Corrections Today*, [s. l.], v. 60, n. 1, p. 22, fev. 1998.

LEITE, Carla Sena. *Ecos do Carandiru: estudo comparativo de quatro narrativas do massacre*. 2002. 108 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Literatura) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/leite-sena-ecos-carandiru.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MAHAN, Sue; LAWRENCE, Richard Mahan. Media and Mayhem in Corrections. *Prison Journal*, [s. l.], v. 76, n. 4, p. 420-441, dez. 1996.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 10-29, ago./set. 2017.

MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 108, p. 437-460, maio/jun. 2014.

MASON, Paul. Lies, Distortion and What Doesn't Work: Monitoring Prison Stories in the British Media. *Crime, Media, Culture*, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 251-267, dez. 2006.

MELLO, Silvia Leser. A cidade, a violência e a mídia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 21, p. 189-195, jan./mar. 1998.

MEMÓRIA GLOBO. *Jornal Nacional: a notícia faz história*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. A produção da imparcialidade: a construção do discurso universal a partir da perspectiva jornalística. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s. l.], v. 25, n. 73, p. 59-76, jun. 2010.

MISSE, Michel. *Malandros, marginais e vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. 1999. 413 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

MORETZSOHN, Sylvia. “Profissionalismo” e “objetividade”: o jornalismo na contramão da política. In: MOTTA, Luiz Gonzaga (org.). *Imprensa e poder*. Brasília: UnB, 2002. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-profissionalismo-jornalismo.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

NELLIS, Mike. News Media, Popular Culture and the Electronic Monitoring of Offenders in England and Wales. *The Howard Journal of Criminal Justice*, [s. l.], v. 42, n. 1, p. 1-31, fev. 2003.

PAGE, Allison. Advance Your Freedom. *Television & New Media*, [s. l.], v. 16, n. 5, p. 439-453, 2015.

PEDROSO, Márcia Pereira. *Entre “devoradores de slogans” e “técnicos de plantão”*: representações sociais e ideologias para manutenção da prisão. 2010. 111 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/4823>. Acesso em: 2 abr. 2022.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Sociedade, *mass media* e direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, v. 39, p. 175-187, jul./set. 2002.

QUIRINO, Kelly Tatiane Martins. *Enquadramentos e advocacy sobre o genocídio de jovens negros*: análise da cobertura da Folha de S.Paulo. 2017. 306 f. Tese (Doutorado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

RAHAL, Flávia. Publicidade no processo penal: a mídia e o processo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 47, p. 270-283, jan./abr. 2004.

RAMOS, Silvia; PAIVA, Anabela. *Mídia e violência*: tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

RIOFRIO, John. Spectacles of Incarceration: Ideological Violence in Prison Documentaries. *Symplok*, [s. l.], v. 20, n. 1-2, p. 139-152, 2012.

ROBERTS, Julian; DOOB, Anthony. Roesch. News Media Influences on Public Views of Sentencing. *Law and Human Behavior*, [s. l.], v. 14, n. 5, p. 451-468, 1990.

RODRIGUES, Brena Freitas. Pedrinhas na mídia internacional. Uma análise da cobertura jornalística do portal BBC. *Revista Cambiassu*, São Luís, v. 19, n. 14, p. 19-36, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/cambiassu/issue/view/244>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ROMÃO, Davi Mamblona Marques. *Jornalismo policial*: indústria cultural e violência. 2013. 206 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ROSS, Jeffrey. Challenges of Reporting on Corrections: An Exploratory Study Derived from Interviews with American Reporters Who Cover Jails and Prisons. *Corrections Compendium*, [s. l.], v. 36, n. 1, p. 7-13, 2011.

SANTOS, Thandara (org.). *Levantamento nacional de informações penitenciárias: Infopen Atualização – junho de 2016*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

SENA, Fabiana Jardim. *A elite por trás da tropa: as percepções sobre a mídia nas políticas de ressocialização*. 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/10192/1/2011_FabianaJardimSena.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

SILVA, Welliton Carlos da. *O suspeito na cobertura jornalística: a presunção da inocência no jornalismo*. 2009. 297 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação e Biblioteconomia, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2009. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tde/1414/1/Suspeito.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SOARES, Tiago C. A mecânica do consenso. *Observatório da Imprensa*, edição 644, 30 maio 2011. Disponível em: <https://www.observatoriodaimpresa.com.br/armazem-literario/a-mecanica-do-consenso/>. Acesso em: 5 out. 2022.

SOUZA, Artur César. Una relazione del subsistema mediatico con la teoria funzionalistica-consequenziale. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 98, p. 13-35, set./out. 2012.

SOUZA, Luciano Anderson; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 94, p. 363-384, jan./fev. 2012.

SOZZO, Máximo (org.). *Reconstruyendo las criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006.

STACCIARINI, Isa Coelho. *A representação da violência nas notícias populares: a construção de uma narrativa dramática*. 2013. 122 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15285/1/2013_IsaCoelhoStacciarini.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

STAPLES, Robert. White Racism, Black Crime, and American Justice: An Application of the Colonial Model to Explain Crime and Race. *Phylon*, [s. l.], v. 36, n. 1, p. 14-22, 1975.

SYKES, Gresham. *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

THE TIMES. *Detailed News Coverage of Prison Riots Attacked*. Londres, 10 abr. 1990.

TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos padrões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 257-271, out./dez. 2001.

TRAQUINA, Nelson (org.). *Jornalismo: questões, teorias e “estórias”*. Lisboa: Vega, 1993.

TUCHMAN, Gaye. Objectivity as Strategic Ritual: An Examination of Newsmen’s Notions of Objectivity. *The American Journal of Sociology*, [s. l.], v. 77, n. 4, p. 660-679, jan. 1972. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2776752>. Acesso em: 2 abr. 2022.

VARJÃO, Suzana. *Violações de direitos na mídia brasileira: ferramenta prática para identificar violações de direitos no campo da comunicação de massa*. Brasília: ANDI, 2015.

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Mídia e júri: possibilidade de restrição da publicidade do processo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 41, p. 113-124, 2003.

VIZEU, Alfredo (org.). *A sociedade do telejornalismo*. Petrópolis: Vozes, 2008.

WANDSCHEER, Lisiane. *Análise da cobertura jornalística do crime organizado nos jornais Folha de São Paulo e O Globo com base no jornalismo para a paz*. 2008. 161 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/2111>. Acesso em: 2 abr. 2022.

WELCH, Michael; WEBER, Lisa; EDWARDS, Walter. “All the News that’s Fit to Print”: A Content Analysis of the Correctional Debate in the “New York Times”. *The Prison Journal*, [s. l.], v. 80, n. 3, p. 245-264, set. 2000.

WILSON, David; O’SULLIVAN, Sean. *Images of Incarceration: Representations of Prison in Film and Television*. Winchester: Waterside Press, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZANARDI, Bianca Botter. A imprensa e a liberdade de expressão no estado democrático de direito. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, v. 1, n. 38, p. 181-288, 2010.

APÊNDICE A

QUADRO 1 – FICHA DE ANÁLISE GERAL DE ENQUADRAMENTO

SEÇÃO	ELEMENTOS	OBJETIVO
A) DESTAQUE DA MATÉRIA NA EDIÇÃO	DATA DA EDIÇÃO TIPO DE MATÉRIA DURAÇÃO DA MATÉRIA	ORGANIZAR AS INFORMAÇÕES COLETADAS ANTERIORMENTE.
B) FONTES E OBJETO DA MATÉRIA	FONTE DA MATÉRIA FOCO GEOGRÁFICO	
	ABRANGÊNCIA DA MATÉRIA	IDENTIFICAR SE A MATÉRIA APRESENTA: <ul style="list-style-type: none"> • ENFOQUE EPISÓDICO APENAS FACTUAL; • ENFOQUE EPISÓDICO NÃO APENAS FACTUAL; • ENFOQUE TEMÁTICO.
	REPRESENTAÇÃO DE REBELIÕES	IDENTIFICAR SE A MATÉRIA: <ul style="list-style-type: none"> • NÃO TRATA DE REBELIÃO; • TRATA DE REBELIÃO, SEM NENHUMA REFERÊNCIA AO MOTIVO DA REBELIÃO; • TRATA DE REBELIÃO E INDICA COMO MOTIVO A ATUAÇÃO DE FACÇÕES: CONFLITO INTERNO OU DISPUTA ENTRE GRUPOS; • TRATA DE REBELIÃO E INDICA COMO MOTIVO A REVOLTA CONTRA SUPERLOTAÇÃO OU CONDIÇÕES PRECÁRIAS; • TRATA DE REBELIÃO E INDICA COMO MOTIVO A REVOLTA CONTRA RESTRIÇÃO AO DIREITO DE VISITA; • TRATA DE REBELIÃO E INDICA OUTRO MOTIVO QUE NÃO ESTÁ LISTADO NAS ALTERNATIVAS ANTERIORES: <ul style="list-style-type: none"> • INDICA COMO MOTIVO A REVOLTA CONTRA INSTALAÇÃO DE BLOQUEADOR DE CELULAR; • INDICA COMO MOTIVO A REVOLTA CONTRA TRANSFERÊNCIA DE PRESO; • INDICA COMO MOTIVO A REVOLTA CONTRA DENÚNCIA DE REGALIAS.
	ESPAÇO FÍSICO DO ESTABELECIMENTO PENAL	IDENTIFICAR SE NA MATÉRIA: <ul style="list-style-type: none"> • APARECE IMAGEM INTERNA DE ESPAÇO FÍSICO DE ESTABELECIMENTO PENAL; • APARECE IMAGEM EXTERNA DE ESPAÇO FÍSICO DE ESTABELECIMENTO PENAL; • APARECEM IMAGEM INTERNA E IMAGEM EXTERNA DE ESPAÇO FÍSICO DE ESTABELECIMENTO PENAL; • NÃO APARECE IMAGEM DE ESPAÇO FÍSICO DE ESTABELECIMENTO PENAL.

(continua)

REFERÊNCIA À LEGISLAÇÃO	<p>IDENTIFICAR SE NA MATÉRIA:</p> <ul style="list-style-type: none"> • APARECE REFERÊNCIA À CONSTITUIÇÃO; • APARECE REFERÊNCIA A NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS; • APARECE REFERÊNCIA A ACORDOS/TRATADOS INTERNACIONAIS; • APARECE REFERÊNCIA A NORMAS DE OUTROS PAÍSES; • NÃO APARECE REFERÊNCIA A NENHUMA NORMA.
-------------------------	--

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 2 – FICHA DE ANÁLISE DE PERSONAGENS

ELEMENTOS	HIPÓTESES/ALTERNATIVAS
REPRESENTAÇÃO INDIVIDUAL OU COLETIVA DAS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL	<ul style="list-style-type: none"> • APARECE REFERÊNCIA ÀS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL COM ENFOQUE PREDOMINANTEMENTE COLETIVO. • APARECE REFERÊNCIA ÀS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL COM ENFOQUE PREDOMINANTEMENTE INDIVIDUAL. • NÃO APARECE NENHUMA REFERÊNCIA ÀS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
DENOMINAÇÃO DAS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL	<ul style="list-style-type: none"> • APARECE A PALAVRA BANDIDO COMO DENOMINAÇÃO PEJORATIVA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • APARECE A PALAVRA CRIMINOSO COMO DENOMINAÇÃO PEJORATIVA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • APARECE A PALAVRA CONDENADO COMO DENOMINAÇÃO NEUTRA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • APARECE A PALAVRA PRESO COMO DENOMINAÇÃO NEUTRA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • APARECE A PALAVRA PRESIDIÁRIO COMO DENOMINAÇÃO NEUTRA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • APARECE A PALAVRA INTERNO COMO DENOMINAÇÃO NEUTRA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • APARECE A PALAVRA DETENTO COMO DENOMINAÇÃO NEUTRA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • APARECE O NOME PRÓPRIO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • NÃO APARECE NENHUMA DENOMINAÇÃO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL.
POSIÇÃO/OPINIÃO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL	<ul style="list-style-type: none"> • A POSIÇÃO/OPINIÃO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL APARECE POR SUA PRÓPRIA VOZ. • A POSIÇÃO/OPINIÃO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL APARECE POR MEIO DE SEU ADVOGADO.

(continua)

	<ul style="list-style-type: none"> • A POSIÇÃO/OPINIÃO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL APARECE POR MEIO DA FAMÍLIA. • A SUPOSTA POSIÇÃO/OPINIÃO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL APARECE POR MEIO DE INFORMAÇÃO DO PODER PÚBLICO. • NÃO APARECE A POSIÇÃO/OPINIÃO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL.
REGALIAS	<ul style="list-style-type: none"> • APARECE UM ELEMENTO FÁTICO EXPLICITADO COMO CONDIÇÃO VANTAJOSA INDEVIDA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • APARECE UM ELEMENTO FÁTICO SUGERIDO COMO CONDIÇÃO VANTAJOSA INDEVIDA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • NÃO APARECE UM ELEMENTO FÁTICO EXPLICITADO OU SUGERIDO COMO CONDIÇÃO VANTAJOSA INDEVIDA DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL.
DIREITOS	<ul style="list-style-type: none"> • APARECE REFERÊNCIA A DIREITOS DAS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL. • NÃO APARECE REFERÊNCIA A DIREITOS DAS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
MOTIVOS DE MORTES DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL	<ul style="list-style-type: none"> • O MOTIVO DE MORTE INDICADO É A AÇÃO DE OUTRA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • O MOTIVO DE MORTE INDICADO É UM PROBLEMA DE SAÚDE. • O MOTIVO DE MORTE INDICADO É A AÇÃO VIOLENTA DE AGENTE DO ESTADO. • HÁ INDICAÇÃO DE OUTRO MOTIVO QUE NÃO ESTÁ LISTADO NAS ALTERNATIVAS ANTERIORES. • NAS REFERÊNCIAS A MORTES, NÃO HÁ INDICAÇÃO DE MOTIVO.
IDENTIFICAÇÃO DE MORTOS (PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL)	<ul style="list-style-type: none"> • NAS REFERÊNCIAS A MORTES, SÃO NOMINADAS TODAS AS PESSOAS MORTAS. • NAS REFERÊNCIAS A MORTES, SÃO NOMINADAS ALGUMAS DAS PESSOAS MORTAS. • NAS REFERÊNCIAS A MORTES, NÃO SÃO NOMINADAS AS PESSOAS MORTAS.
VÍTIMAS DE ATOS VIOLENTOS	<ul style="list-style-type: none"> • NAS REFERÊNCIAS A ATOS VIOLENTOS, HÁ INDICAÇÃO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL COMO VÍTIMA DE ATO DE OUTRA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • NAS REFERÊNCIAS A ATOS VIOLENTOS, HÁ INDICAÇÃO DA PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL COMO VÍTIMA DE ATOS DE AGENTES DO ESTADO. • NAS REFERÊNCIAS A ATOS VIOLENTOS, HÁ INDICAÇÃO DE "CIDADÃO COMUM" COMO VÍTIMA DE ATO DE PESSOA SUJEITA À RESPONSABILIDADE PENAL. • NÃO HÁ REFERÊNCIAS A ATOS VIOLENTOS.
GÊNERO	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL A GÊNERO DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
FAIXA ETÁRIA	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL À FAIXA ETÁRIA DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
ESCOLARIDADE	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL À ESCOLARIDADE DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
ESTADO CIVIL	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL AO ESTADO CIVIL DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.

(continua)

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL OU IMAGEM QUE RETRATA DEFICIÊNCIAS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
NACIONALIDADE	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL À NACIONALIDADE DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
FILHOS	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL OU IMAGEM SOBRE A EXISTÊNCIA/NÚMERO DE FILHOS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
TIPO PENAL	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL AO TIPO PENAL PELO QUE RESPONDEM PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
TEMPO DE PENA	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL AO TEMPO DA PENA DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
RAÇA/COR	APARECE OU NÃO REFERÊNCIA TEXTUAL À RAÇA/COR DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
COR/RAÇA E NUDEZ DOS CORPOS	<ul style="list-style-type: none"> • AS IMAGENS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APRESENTAM CORPOS NUS OU SEMINUS NEGROS. • AS IMAGENS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APRESENTAM CORPOS NUS OU SEMINUS BRANCOS. • AS IMAGENS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APRESENTAM CORPOS NEGROS VESTIDOS. • AS IMAGENS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APRESENTAM CORPOS BRANCOS VESTIDOS. • NÃO APARECEM IMAGENS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
ASPECTOS DE SUBJUGAÇÃO CORPORAL	<ul style="list-style-type: none"> • UMA OU MAIS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APARECEM NAS IMAGENS DE CABEÇA BAIXA. • UMA OU MAIS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APARECEM NAS IMAGENS EM POSIÇÃO AJOELHADA OU SENTADA NO CHÃO. • UMA OU MAIS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APARECEM NAS IMAGENS COM ROSTO COBERTO EM POSIÇÃO CORPORAL SUBJUGADA. • UMA OU MAIS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APARECEM NAS IMAGENS COM MÃOS ALGEMADAS. • UMA OU MAIS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APARECEM NAS IMAGENS COM OUTRO ASPECTO DE SUJEIÇÃO CORPORAL QUE NÃO ESTÁ LISTADO NAS ALTERNATIVAS ANTERIORES. • NÃO HÁ ASPECTOS DE SUJEIÇÃO CORPORAL NAS IMAGENS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL. • NÃO APARECEM IMAGENS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
ASPECTOS DE PERICULOSIDADE	<ul style="list-style-type: none"> • UMA OU MAIS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APARECEM NAS IMAGENS REALIZANDO ATOS DE VIOLÊNCIA. • UMA OU MAIS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APARECEM NAS IMAGENS PORTANDO ARMAS. • UMA OU MAIS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APARECEM NAS IMAGENS COM ROSTO COBERTO EM POSIÇÃO CORPORAL ALTIVA OU AMEAÇADORA.

(continua)

- UMA OU MAIS PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL APARECEM NAS IMAGENS PORTANDO OU USANDO DROGAS.
 - NÃO HÁ ASPECTOS DE “PERICULOSIDADE” NAS IMAGENS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
 - NÃO APARECEM IMAGENS DE PESSOAS SUJEITAS À RESPONSABILIDADE PENAL.
-

Fonte: Elaboração própria.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CALIXTO, Clarice Costa. Racismo, silenciamento e estigmatização nas narrativas jornalísticas sobre o sistema prisional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2235. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202235>

Clarice Costa Calixto

DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB). PROFESSORA NA ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ENAP) E NA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP). ATUA NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.

claricecalixto@gmail.com

1 Universidade Federal do Paraná,
Curitiba, Paraná, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-6925-7213>

2 Universidade Federal do Paraná,
Curitiba, Paraná, Brasil

3 Procuradoria-Geral do Estado do
Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-2023-4934>



O severance pay no Brasil: uma análise do Caso HRT

THE SEVERANCE PAY IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE HRT CASE

Gabriel Abreu da Silveira¹ e Vinícius Klein^{2,3}

Resumo

Os *severance packages* (“pacotes de indenização”) são pagamentos concedidos a executivos de alto escalão para mitigar problemas de gestão, como a aversão ao risco. Quando o plano de incentivo estipula a aquisição do controle como hipótese de disparo da indenização, o benefício passa a assumir a forma de um *golden parachute* e serve também como medida defensiva contra aquisições hostis pelo aumento do custo da operação para o adquirente. Compreende-se que a avaliação da atuação do conselho de administração na aprovação do pagamento executivo deve se fundamentar na conveniência do instrumento para o interesse social. Tanto a estrutura de propriedade como o mercado de controle acionário são elementos relevantes para que se possa apurar se o incentivo busca cumprir o fim para o qual está sendo previsto, em especial quando a ameaça de aquisições hostis é utilizada como justificativa para a implementação. Assim, com base no estudo do Caso HRT, analisa-se o *severance pay* a partir das características do mercado de capitais brasileiro. Ainda que não represente toda a complexidade do tema, o caso escolhido retrata uma realidade específica e oferece reflexões importantes para a regulação eficiente do pagamento executivo no Brasil. O presente artigo pretende demonstrar que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) levou em conta benefícios meramente teóricos do *severance pay* e não incorporou as especificidades do mercado acionário brasileiro na análise, decisão que trouxe prejuízos aos acionistas da HRT Participações em Petróleo S/A.

Palavras-chave

Pacotes de indenização; remuneração; mercado de controle acionário; entrenchment; Caso HRT.

Abstract

Severance packages are granted to senior executives to mitigate management problems, such as risk aversion. When the incentive plan stipulates the acquisition of control as a hypothesis for triggering the indemnity, the benefit takes the form of a golden parachute and works as a defensive measure against hostile acquisitions by increasing the cost of the operation for the acquirer. It is understood that the evaluation of the board of directors performance in the executive pay approval must be based on the convenience of the instrument for social interest, which requires an institutional analysis. Both the ownership structure and the market for corporate control are relevant elements to determine if the incentive seeks to fulfill the purpose for which it is being planned, especially when the threat of hostile acquisitions is used as a justification for implementation. Therefore, based on the HRT Case, the severance pay is analyzed in observance of the Brazilian capital market characteristics. Although it does not represent all the complexity of the issue, the case chosen is a portrait of a specific reality and offers important thoughts for an efficient regulation of executive pay in Brazil. This work intends to demonstrate that Comissão de Valores Mobiliários [CVM] took into account purely theoretical benefits of the severance pay and did not incorporate the Brazilian stock market specificities in the analysis, a decision that brought losses to HRT Participações em Petróleo S/A shareholders.

Keywords

Severance packages; compensation; market for corporate control; entrenchment; HRT case.

INTRODUÇÃO

Os mecanismos de incentivo aos órgãos de gestão são estipulados com o objetivo principal de alinhar os interesses dos administradores e contribuem para a criação de um ambiente favorável à tomada de decisões. Em geral, buscam equalizar os riscos, conferir estabilidade e reter executivos estratégicos a fim de maximizar a riqueza dos acionistas.

Entretanto, o desvirtuamento dessas técnicas pode contribuir para uma situação que vai de encontro com a governança corporativa.

Previstos como incentivos à atração de executivos estratégicos e medidas defensivas contra tomadas de controle, os *severance packages* (“pacotes de indenização”), muito a depender da forma e do cenário em que o instrumento foi proposto, têm o potencial de admitir uma terceira função. Trata-se da função de entrincheirar a administração, fazendo com que o administrador se mantenha em sua posição de poder em prejuízo dos investidores da empresa.

Há um potencial conflito de interesses que precisa ser observado com objetivo de garantir eficiência da gestão e preservar o interesse dos acionistas, sobretudo quando o mercado no qual a companhia está inserida não apresenta grande histórico de disputas acionárias.

Sendo assim, avaliando a legalidade do instrumento no mercado brasileiro, que é composto predominantemente de companhias que possuem controlador ou bloco de controle definido, este artigo busca verificar a influência da estrutura de propriedade na previsão dos pacotes de indenização. Para isso, realiza-se uma pesquisa bibliográfica para a introdução do mercado de controle acionário, em especial no Brasil, bem como para o aprofundamento da motivação econômica do *severance pay* na composição da remuneração executiva e a sua relação com as medidas de defesa contra a tomada de controle.

Por fim, considerando a falta de desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, propõe-se uma análise exploratória da decisão da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) sobre o *severance package* atribuído aos executivos da HRT Participações em Petróleo S/A, observando as práticas de governança recomendadas. Não se pretende representar toda a complexidade do pagamento executivo no Brasil, mas fornecer um retrato específico que possa contribuir para uma regulação eficiente.

1. O MERCADO DE CONTROLE ACIONÁRIO BRASILEIRO

Como regra geral, as companhias de capital aberto mal administradas são bons alvos para aquisições de controle. Quando algum agente do mercado entende que por algum motivo, seja por capacidade empresarial, seja por ganho de sinergia, seja por adequação à realidade econômica, pode geri-la de forma mais eficiente do que a atual gestão, há um cenário favorável a tentativas de tomada de controle com provável destituição dos administradores.

Assim como os clássicos incentivos de alinhamento de interesses entre o principal e o agente, o mercado de controle acionário funciona como um parâmetro objetivo de eficiência da administração que tem a função de proteger os interesses dos acionistas minoritários

(MANNE, 1965, p. 113). De acordo com Michael Jensen e Richard Ruback (1983, p. 6), o mercado de controle é uma espécie de arena em que times alternativos de gestão competem pelos direitos de gerir os recursos corporativos. Age, então, como um regulador da eficiência na gestão empresarial das companhias inseridas na bolsa de valores e incentiva de maneira indireta que os administradores façam um bom trabalho e gerem valor para todos os seus acionistas/investidores.

Compreende-se que se trata de uma tomada hostil de controle quando a companhia adquirente busca assumir a posição do controlador da companhia-alvo sem antes negociar com o conselho de administração. Quanto à expressão “hostil”, Antonio Menezes Cordeiro (1994, p. 767) defende que a oferta da interessada “apenas traduz uma proposta aprazível, ou não teria hipótese de êxito”, indicando que a hostilidade se refere apenas à administração, tendo em vista ser evidente que a nova composição acionária pode de fato ditar seu afastamento.

Embora a companhia adquirente possa buscar o controle da companhia-alvo mediante escalada acionária, isto é, comprando progressivamente ações até possuir o número suficiente à caracterização do controle, o mecanismo usual no Brasil é a Oferta Pública de Aquisição (OPA). A OPA para aquisição de controle, disciplinada pelo art. 257 e seguintes da Lei n. 6.404/1976 (LSA) e pelo art. 32 e seguintes da Instrução CVM n. 361/2002, é considerada OPA voluntária e tem por objetivo servir de canal de comunicação para a proposta direta aos acionistas da companhia-alvo sobre a pretensão do possível adquirente, nos termos por ele definidos no documento.¹

Ocorre que a OPA só é voluntária por não haver vedação para a aquisição de controle mediante negócios privados. Não decorre disso, porém, a total liberdade para que o adquirente opte pelo instrumento público ou pelo privado para aquisição do controle da companhia-alvo. Nessa linha de raciocínio, o princípio da não surpresa inscrito no art. 12 da Instrução CVM n. 358/2002 estabelece a obrigação de divulgar aquisição de participação acionária relevante, considerados os patamares de 5%, 10%, 15% e assim sucessivamente, de espécie ou classe de ações representativas do capital social. Em última análise, ainda que não seja obrigatória, a normativa acaba privilegiando que a aquisição de controle das companhias abertas se efetive por oferta pública.

De acordo com Eduardo Secchi Munhoz (2013, p. 319), a afirmação de que a OPA para aquisição de controle de companhia se trata de uma “OPA voluntária, por vezes, obscurece a importância para a regulação da aquisição de controle acionário, constituindo, na realidade, a forma típica de aquisição de controle de companhia com capital pulverizado”.

...

1 De acordo com Robert Clark (1986, p. 533-539), as razões mais comuns pelas quais são feitas OPAs são: a expectativa de ganhos resultantes da maior capacidade empresarial, ganhos de sinergia, aspectos concorrenciais, benefícios para a administração e ganhos oriundos do desmantelamento da companhia-alvo subsequente à sua aquisição.

Vale ressaltar que a OPA por alienação do controle, disciplinada pelo art. 254-A e ss. da LSA e pelo art. 29 e ss. da Instrução CVM n. 361/2002, é considerada OPA obrigatória e tem por objetivo igualar o tratamento dos minoritários ao do controlador na operação. De forma diversa da OPA para aquisição do controle, essa forma de oferta pressupõe a existência de um controlador ou bloco de controle e trata-se de instrumento padrão pela aplicação da regra do tratamento igualitário.

Logo, especialmente porque o Direito oportuniza tomadas hostis de controle, o mercado de controle acionário acaba contribuindo para a redução dos custos de agência incorridos pelos acionistas (MUNHOZ, 2013, p. 136).

É importante que seja observado que o mercado de controle acionário não possui a mesma amplitude em todos os lugares. A concentração do capital com poucos acionistas faz com que a companhia adquirente precise negociar com o conselho da companhia-alvo, tendo em vista que a operação necessariamente depende da decisão de venda do controlador. Ou seja, os times alternativos só encontram uma arena para competir pelos recursos corporativos quando o capital está disperso entre vários acionistas (BEBCHUK, 1994, p. 958-959).

No Brasil, por exemplo, o mercado de controle acionário não é desenvolvido o suficiente para gerar grandes disputas entre times de gestão, não existindo muitos *players* dispostos a efetivar ofertas hostis. A regra é que as companhias tenham capital concentrado em um ou em poucos acionistas, o que, por sua vez, desfavorece a criação de um mercado incorporador de companhias ineficientes. Para que exista uma aquisição hostil em cenários cujo controle não é majoritário, o interessado ainda se vê obrigado a despende de valores muito altos.²

Prevalece a concentração, de modo que o capital votante detido pelo maior acionista da companhia brasileira é de 44,19% (VIANA JUNIOR e CRISÓSTOMO, 2019). Apesar de um aumento na dispersão do capital nos últimos anos diante do Novo Mercado, a grande maioria das empresas ainda possui controlador definido (Tabela 1) (MARQUES, GUIMARÃES e PEIXOTO, 2015, p. 128).

...

2 Segundo a visão adotada pela LSA, primeiro deveria ser criada a grande empresa, composta de controlador, para depois se pensar em dispersão acionária (LAMY FILHO e BULHÕES PEDREIRA, 1992, p. 195).

TABELA 1 – INFORMAÇÃO SOBRE A ESTRUTURA ACIONÁRIA NO BRASIL ENTRE JUNHO DE 2017 E DEZEMBRO DE 2019

ESTRUTURA ACIONÁRIA NO BRASIL	JUN./2017	DEZ./2017	JUN./2018	DEZ./2018	DEZ./2019
COMPANHIA ABERTA	330	338	337	332	327
COM CONTROLADOR DEFINIDO	271	275	286	280	269
SEM CONTROLADOR DEFINIDO	59	63	51	52	58
POSSUI ACORDO DE ACIONISTAS	126	126	127	125	124
SEM CONTROLADOR DEFINIDO	7	7	5	6	7
COM CONTROLADOR DEFINIDO	119	119	122	117	117
NÃO POSSUI ACORDO DE ACIONISTAS	204	212	210	209	203
SEM CONTROLADOR DEFINIDO	52	56	46	46	51
COM CONTROLADOR DEFINIDO	152	156	164	163	152

Fonte: Comissão de Valores Mobiliários (2020).

Estudiosos do direito empresarial indicam que a primeira oferta pública foi feita pela Macrossul S/A para aquisição do Sulbancos em 1971, ainda que a operação não tenha se concretizado. Contudo, cabe destacar que o instrumento apenas passou a ser um pouco mais utilizado para aquisições de controle nos anos 2000, quando finalmente houve sua regulamentação (CARVALHOSA, 2003, p. 201). Levantando ofertas voluntárias, João Pedro Barroso do Nascimento (2019, p. 127) destaca alguns casos paradigmáticos com o objetivo de analisar tentativas de aquisições e a aplicação de medidas defensivas: *Sadia vs. Perdigão* (2006), *GVT vs. Vivendi* (2009), *DASA vs. Cromossomo* (2013) e *Eletropaulo vs. Enel* (2018).

O cenário de concentração das ações em poucos acionistas pode gerar efeitos indesejados a mecanismos *anti-takeover*, como seria o *golden parachute*. Dependendo da participação social, o poder exercido pelo bloco controlador passa a ganhar mais espaço em relação ao conselho de administração da companhia, o que, conseqüentemente, tende a acarretar a expropriação da riqueza dos minoritários pela ampliação dos benefícios privados do controle.

Por essa razão, propõe-se analisar os incentivos pela ótica da estrutura de propriedade não só da própria companhia-alvo, mas também do mercado de capitais como um todo.

2. O SEVERANCE PAY NA REMUNERAÇÃO EXECUTIVA

A literatura sugere que os gestores são avessos ao risco e podem deixar de implementar projetos arriscados, mas com bons retornos. Pesquisadores adeptos do instrumento de contrato compreendem que o *severance pay* garante a remuneração dos executivos mesmo que o projeto dê errado e contribui para a geração de valor que seria evitada não fosse o incentivo (RAU e XU, 2013).

O *severance pay* é o pagamento de indenização pelo término da relação, usualmente previsto no contrato de trabalho do executivo recém-contratado. Trata-se de um direito adquirido pelo profissional mediante o acionamento de uma hipótese de disparo (ou gatilho), que pode variar conforme a negociação quando da elaboração do contrato. As previsões mais comuns são de morte, incapacidade, pedido de exoneração por bom motivo, demissão quando não abrangida pela cláusula de justa causa, alteração do controle da companhia, além de poder se vincular a um acordo de não competição.

Analisando 375 contratos de trabalho de executivos dos Estados Unidos, Stewart Schwab e Randall Thomas (2006) destacam que dois terços contêm cláusulas que proíbem a competição. Entre as demissões por justa causa, costuma-se prever a má conduta intencional, a má conduta grosseira, a torpeza moral, o fracasso de exercer os deveres e a violação de deveres fiduciários. Entre as condutas que admitem que o executivo se demita e ainda receba o *severance pay*, são comuns a atribuição de deveres inconsistentes com suas posições, a realocação involuntária e a falta de remuneração pela companhia.³

Um exemplo de hipótese de disparo de *severance package* foi a violação da política interna de relacionamento com empregados do McDonald's em 2019 pelo CEO Stephen Easterbrook. Ainda que fosse consensual, a demissão aconteceu porque o executivo trocava mensagens sexuais com uma subordinada na empresa. Como não se estipulou essa previsão como justa causa no contrato, a demissão acionou o direito de Easterbrook de receber o equivalente a US\$ 42 milhões em opções e US\$ 700 mil em dinheiro e plano de saúde (THE NEW YORK TIMES, 2020).

Depois de realizado o pagamento, a companhia processou o ex-CEO sob a alegação de que ele teria se relacionado sexualmente com outras três empregadas e concedido um lote lucrativo a uma delas. Sustenta-se que a demissão deve ser revertida em justa causa e a companhia reembolsada, considerando que o contrato possui previsão de demissão regular em qualquer ação “envolvendo desonestidade, fraude, ilegalidade ou torpeza moral” (THE NEW YORK TIMES, 2020, em tradução livre). Cabe agora ao Poder Judiciário definir se Easterbrook terá de devolver o que recebeu da companhia pelo acionamento do *severance pay* celebrado na sua contratação.

...

3 Somente dois dos contratos mencionaram assédio sexual como justa causa, 13 mencionaram incompetência e 18 mencionaram abuso de substâncias (SCHWAB e THOMAS, 2006, p. 233).

Os defensores da concessão dos *severance packages* para os executivos argumentam que o pagamento da indenização objetiva conferir proteção ao executivo contra comportamentos oportunistas do conselho e resolve a incerteza sobre o término da relação contratual. Nesse sentido, sabe-se que contratos explícitos possuem maior probabilidade de cumprimento e de uma duração mais longa em situações em que há incerteza na relação e maior prejuízo esperado para o executivo em caso de descumprimento pela empresa (GILLAN, HARTZELL e PARRINO, 2009).

Jing Zhao (2013) verificou que companhias-adquirentes cujos executivos possuíam contratos obtiveram maiores retornos, pagaram prêmios menores pelos seus alvos, tiveram melhor desempenho operacional depois da aquisição e entraram em negócios mais arriscados. O autor constatou que contratos de CEOs com termos definitivos, duração mais longa, incentivos de longo prazo e provisões de aquisição de ações e opções mais aceleradas no *severance package* foram associados com maior criação de valor ao adquirente. Para ele, as disposições estão relacionadas à tomada de risco e proteção do capital humano executivo contra eventuais oportunismos pós-contratuais, podendo ser mais efetivas com o refinamento das definições de justa causa e bom motivo.

Brian Cadman, John Campbell e Sandy Klasa (2016) observaram que as empresas com cláusulas de *severance pay* declararam que sua importância residia na redução da aversão ao risco pela estabilidade do vínculo, com contribuições na atração e na retenção de executivos conhecidos. Com efeito, os autores encontraram evidências da eficiência na contratação em virtude da correlação positiva entre a indenização e as *proxies* do risco de demissão e custos de demissão do CEO. Também se observou que as quantias recebidas nas indenizações são maiores se o executivo for externo à companhia, estiver longe da sua aposentadoria ou tiver assinado um acordo de não competição.

Cadman, Campbell e Klasa (2016) destacam que 73,7% das empresas da amostra possuíam contratos que previam o *severance pay*, que consistiam em pagamentos baseados em dinheiro, ações restritas e opções. A indenização média acordada foi de US\$ 9,1 milhões, o equivalente a 4,1 vezes a compensação anual do CEO em dinheiro e a 1,5 vez a remuneração total.

De acordo com o modelo empírico elaborado por Gustavo Manso (2011), um contrato de remuneração executiva ideal para motivar a inovação na empresa deve combinar opções com longos períodos de aquisição, reprecificação das opções, *severance pay* e entrincheiramento. A ideia do autor é trazer tolerância para falhas que ocorram cedo, conferir segurança no emprego e ao mesmo tempo recompensar o sucesso de longo prazo da atividade produtiva.

Andres Almazan e Javier Suarez (2003) constatam que a estrutura de governança ideal pode variar no cenário de possível substituição do CEO, porém, em todo caso, seria proveitosa a inclusão do *severance pay*. Em conselhos fortes, funcionaria como um empecilho aos próprios acionistas para substituírem o executivo quando um modestamente superior fica disponível, o que, por sua vez, pode ser importante para que o profissional continue usufruindo dos

recursos do controle em detrimento do pagamento por desempenho. Em conselhos fracos, contribuiria com as negociações e também pouparia remunerações por desempenho.

Roman Inderst e Holger Mueller (2010) entendem que o *severance pay* pode ser útil a depender da situação. Ainda que considerem que a indenização faz com que a demissão seja uma escolha atrativa para CEOs ruins, por acabar recompensando o fracasso e prejudicando o esforço, pode ser uma segunda solução para resolver o problema do entrincheiramento na gestão.

Para eles, um conselho que busque substituir um executivo que obteve informações particulares a respeito do valor da empresa sob a sua liderança deve tornar a continuação custosa pela vinculação do pagamento do profissional a um “incentivo íngreme” que apenas fosse atrativo em caso de alto desempenho. Havendo persistência na situação, no entanto, dever-se-iam analisar os custos de indenizar o executivo e compará-los aos custos de a companhia continuar com a gestão entrincheirada pelo profissional ruim (INDERST e MUELLER, 2010).

Entretanto, o *severance pay* também é objeto de críticas. De acordo com Lucian Arye Bebchuk e Jesse Fried (2004, p. 133), o benefício forneceria pouso suave em casos de fracasso total dos executivos. A indenização pelo término do contrato seria uma forma de descorrelacionar pagamento de desempenho, uma vez que a remuneração é recebida desde que o profissional não esteja claramente agindo em má-fé ou sendo deliberadamente negligente. Eles explicam que as ações que costumam desencadear a demissão por justa causa e liberar a companhia do pagamento são definidas de forma bastante restrita, como no cometimento de crime, fraude, prevaricação, negligência grosseira, torpeza moral e, em alguns casos, recusa intencional de seguir orientações do conselho.

Embora adeptos do instrumento defendam que a indenização incentiva a tomada de risco pelo executivo pela estabilidade do vínculo nos casos em que projetos não sejam bem-sucedidos, Bebchuk e Fried (2004) entendem que essa garantia é racionalmente pouco persuasiva. Considerando que o *severance pay* equivaleria a três anos ou mais de remuneração executiva anual, o CEO em muitos casos não ganharia muito menos por ser demitido.

Vale frisar, inclusive, que existe evidência de que 40% dos CEOs das empresas do Standard & Poor's 500 (S&P 500) recebem pagamentos *ex-post* em excesso ao que foi estipulado no contrato do *severance pay*. O pagamento discricionário é de US\$ 8 milhões, o que é equivalente a 242% da remuneração média anual (GOLDMAN e HUANG, 2014).

Nesse sentido, o assunto foi tratado no *The New York Times* com o título “vamos parar de recompensar nossos CEOs fracassados”. A publicação teve como foco Léo Apotheker, ex-presidente da Hewlett-Packard, que teria recebido mais de US\$ 13 milhões em indenização após ser demitido com 11 meses de mandato. Concluiu-se à época que seria difícil culpar o executivo por receber o que a empresa concedeu na contratação, mas que os acionistas deveriam questionar o motivo de o conselho ter aprovado um acordo em que se mostrava mais vantajoso que o profissional falhasse do que fosse bem-sucedido (STEWART, 2011).

Além disso, haveria ainda evidência de que o *severance pay* faz com que os executivos reduzam investimentos, impeçam a inovação e diminuam o risco da companhia em várias dimensões. Em outras palavras, a indenização pelo término do contrato dos executivos provocaria em verdade uma vida calma em vez de promover um ambiente de tomada de decisões (MUSCARELLA e ZHAO, 2015).

Sattar Mansi, John Wald e Andrew Zhang (2016, p. 426) sustentam que a indenização no término do contrato faz com que os CEOs aumentem o risco da companhia ao passo que também diminuem esforços na função. Assim, empresas com esses contratos possuem um custo da dívida cerca de 10% mais alto e também maior probabilidade de substituição dos executivos.

Dessa maneira, existem comprovações sobre a eficiência do *severance pay* na tomada de riscos por executivos avessos, porém a remuneração é vista com cautela tanto pela mídia quanto por alguns pesquisadores diante da possibilidade de se recompensar o baixo desempenho. Mostra-se importante que os valores atribuídos no contrato sejam suficientes para o incentivo sem que se torne vantajoso o fracasso do profissional para acionamento do direito.

Como vem sendo cobrado, também é prudente que se refinem as definições de demissão por justa causa e bom motivo, sobretudo porque o contrato é celebrado com o objetivo de auxiliar na tomada de decisões. Essa medida contribuiria para que se evitem situações como a vivenciada pelo McDonald's, em que o ex-CEO foi beneficiado com um pacote milionário em dinheiro e ações, apesar de efetivamente ter dado causa à demissão por violar uma política interna.

3. A HIPÓTESE DO GOLDEN PARACHUTE

Em relação à definição das cláusulas, vale acrescentar que o contrato de trabalho do executivo pode trazer como hipótese de disparo da indenização a alteração do controle da empresa. Nesse caso, trata-se de um *golden parachute*, que visa tanto garantir um escape bem remunerado aos gestores que tendem a perder seus cargos como também tornar desinteressante a operação pelo aumento do montante a ser pago pela companhia-adquirente. A indenização funcionaria como uma medida contra a tomada de controle, não impossibilitando a aquisição hostil, mas fazendo com que as alterações tendam a ser negociadas com o conselho de administração da companhia-alvo.

Os *golden parachutes* são pesquisados à parte. Similarmente, diverge-se sobre os benefícios da indenização no contexto das companhias-alvo diante da possibilidade de os executivos facilitarem a tomada de controle e da dúvida acerca de seus efeitos na riqueza dos acionistas. Nas companhias-adquirentes, os estudos buscam analisar se a previsão de indenização em alterações de controle incita a prática da construção de impérios pouco vantajosos pela despreocupação dos executivos em relação à queda das ações.

No contexto das companhias-adquirentes, a literatura sugere que gestores realizam grandes ganhos pessoais com o *empire-building* e que as empresas que possuem fluxo de caixa abundante

e poucas oportunidades de investimento são mais propensas a empreender aquisições destruidoras de valor do que a devolver o excesso de caixa para os acionistas (JENSEN, 1986). Haveria evidência de que os executivos consideram tanto os benefícios pessoais como as consequências em relação ao valor de mercado na realização de investimentos, o que leva à conclusão de que os agentes que não possuem os incentivos e as restrições suficientes pagam em excesso por alvos com altos benefícios privados (MORCK, SHLEIFER e VISHNY, 1990).

Ocorre que Mark Mitchell e Kenneth Lehn (1990) descobriram que empresas que fazem sucessivas aquisições e que não geram valor têm maior probabilidade de virarem alvo de eventual tomada de controle, indicando que o mercado de controle acionário pode desencorajar o *empire-building*. Assim, por outro lado, companhias com cláusulas *anti-takeover* aumentam os custos da aquisição hostil e reduzem os incentivos a potenciais adquirentes de lançarem uma oferta, o que afasta a incidência do mercado em firmas com investimentos ruins (BEBCHUK, COATES e SUBRAMANIAN, 2002).

Nesse sentido, Ronald Masulis, Cong Wang e Fei Xie (2007) observaram que adquirentes com mais provisões *anti-takeover* experienciaram retornos das ações no período de anúncio significativamente menores se comparados a adquirentes com menos dessas provisões. As evidências reforçam a hipótese de que executivos são protegidos por essas medidas e ficam menos sujeitos ao poder disciplinar do mercado de controle acionário, tornando-os mais propensos a aquisições com o intuito de *empire-building* que destruam o *shareholder value*.

Também já se verificou que cláusulas *anti-takeover* estão relacionadas a uma queda de investimentos em pesquisa e desenvolvimento, o que possivelmente se explica pelo maior entrincheiramento dos executivos e pela exclusão dos efeitos do mercado de controle acionário. Em vez de mitigar, o argumento é de que os *shark repellents* exacerbam a miopia dos administradores (MEULBROEK, 1990).

Diferentemente, Marianne Bertrand e Sendhil Mullainathan (2003) avaliam que o enfraquecimento das aquisições por meio da introdução de cláusulas *anti-takeover* reduz a destruição e a criação de novas plantas. A manutenção do tamanho das empresas revelaria que a preferência dos executivos está mais relacionada a ter uma vida calma e sem desavenças com os empregados do que a proporcionar práticas de *empire-building*. Segundo os autores, existe correlação positiva entre a adoção das medidas contra as tomadas de controle e o aumento do salário dos empregados que trabalham na empresa.

No contexto das companhias-alvo, a literatura fornece fundamentos de que os contratos que preveem *golden parachutes* ajudam a reduzir os conflitos entre os acionistas e os gestores na ocorrência de uma aquisição e tornam mais prováveis os ganhos produtivos na transação. É dizer que, uma vez que os acionistas requerem que os executivos realizem uma negociação que tende a implicar grandes custos para eles mesmos e suas famílias, o pagamento de indenizações na alteração do controle contribui para a diminuição do conflito de agência. Uma solução geralmente apropriada para que o benefício não se volte ao entrincheiramento seria relacionar o pagamento ao prêmio recebido pelos acionistas (JENSEN, 1988, p. 40).

Com efeito, Jay Hartzell, Eli Ofek e David Yermack (2004) observam que os *golden parachutes* contratados pelo CEO de uma companhia-alvo são positivamente relacionados ao excesso de remuneração anterior e negativamente relacionados à probabilidade de o executivo vir a trabalhar na companhia-adquirente depois de concluída a transação. Por regressão, no entanto, observou-se que acionistas de companhias-alvo recebem prêmios menores quando a negociação envolve um tratamento extraordinário do executivo, bem como que CEOs de companhias-alvo experienciam altas taxas de rotatividade.

Existe, inclusive, evidência de que *golden parachutes* são significativamente mais prevalentes em companhias que encaram uma ameaça de tomada de controle. O benefício é mais provável quando a ameaça é maior, quando a firma é pequena, quando o CEO possui uma participação baixa e quando o profissional foi admitido por um menor período (AGRAWAL e KNOEBER, 1998, p. 228).

Lucian Arye Bebchuk, Alma Cohen e Charles Wang (2014) documentaram que a previsão dos *golden parachutes* está associada a maior probabilidade de aquisições e maiores prêmios à companhia-alvo, o que, em parte, seria resultado do pacote de indenização nos incentivos dos executivos. Entretanto, também observaram que empresas que adotam a medida experienciam retornos negativos anormais das ações antes, durante e depois da implantação, o que resulta em um efeito geral negativo na riqueza dos acionistas. Isso pode se dar porque as indenizações enfraquecem a força do mercado de controle acionário e aumentam a negligência e/ou porque fazem com que os executivos queiram aderir a algumas aquisições não geradoras de valor.

Assim, as pesquisas indicam que o *severance pay* com gatilho na alteração de controle torna mais provável a ocorrência de negociações de venda, que tendem a gerar prêmios vantajosos. Todavia, a indenização torna-se um mecanismo *anti-takeover* e os efeitos indiretos da cláusula geram preocupações sobre a postura do executivo diante da proteção, podendo trazer prejuízos pelo aumento da ineficiência na tomada de decisões.

4. A REGULAÇÃO DOS SEVERANCE PACKAGES

Nos Estados Unidos, partindo da premissa de que os executivos estão a serviço do interesse dos acionistas, a *business judgment rule* é a fundamentação utilizada para a validação de *golden parachutes* quando questionados judicialmente por beneficiarem apenas os administradores (GAUGHAN, 2015, p. 489). A forma de aprovação revela-se mais importante do que a própria eficiência para conclusão sobre a aplicabilidade do instrumento de contrato, razão pela qual se zela pela ausência de conflitos de interesses do conselho que aprova a remuneração.

Com o *Dodd-Frank Act*, vigora a regra do *say on pay*, em que o acionista deve proferir voto de aconselhamento pelo menos uma vez a cada três anos e dispor sobre as compensações dos executivos de alto nível. Decorrente disso, pela regra do *say on golden parachutes*, os acionistas são convidados a manifestar suas opiniões sobre compensações vinculadas a fusões, aquisições, consolidações, propostas de venda ou disposição de ativos.

Em que pese haja discordância quanto à eficiência em virtude da forma como são aplicados na experiência estadunidense, fato é que mecanismos que promovem a transparência buscam contribuir com a tomada de decisão informada e com a mitigação dos conflitos de interesses.⁴

No Brasil, o órgão competente para aprovação da remuneração, benefícios e verbas de representação dos administradores é a assembleia geral de acionistas, nos termos do art. 152 da LSA. Além disso, a transparência também é garantida pela Instrução Normativa CVM n. 480/2009, item 13 do formulário de referência, em que se exige comunicação e justificativa de todas as formas de remuneração, inclusive daquelas vinculadas à ocorrência de eventos societários, como a alteração do controle.

Como a matéria ainda está em fase inicial no país, não existem muitas fontes para balizar a aplicabilidade dos *severance packages* no nosso ordenamento, seja na forma de *golden parachutes*, seja apenas como benefícios vinculados a outras hipóteses de disparo. Embora já exista doutrina que reputa o instrumento como ilegal por se tratar de compensações injustificadas em caso de exoneração do cargo (LOBO, 2009, p. 2034-2035), acredita-se que tal conclusão é precipitada e não leva em consideração que a medida defensiva pode convergir com o interesse dos acionistas na atração de executivos reconhecidos no mercado.

Assim como João Pedro Barroso do Nascimento (2019, p. 253), compreende-se que nem todas as formas de *golden parachutes* serão inválidas ou ilícitas, o que depende diretamente do conteúdo da avença. Os parâmetros de harmonização da medida estão estabelecidos principalmente pelos critérios de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, além da função social do contrato e boa-fé objetiva, previstos no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, e do interesse social, positivado no art. 115, § 1º, da LSA.

De todo modo, entende-se que a análise do *golden parachute* deve envolver a análise tanto da estrutura acionária da companhia-alvo quanto do mercado em que ela atua para que se possa verificar se a medida defensiva é realmente cabível ou apenas visa ao entrincheiramento. Com efeito, a concentração do capital aumenta o risco de expropriação dos minoritários pelo pagamento excessivo de remunerações, benefícios autoconcedidos e resistência a ações vantajosas para os outros acionistas que possuem menor participação no capital social.

Nesse sentido, há evidência de que o valor das companhias melhora com a participação até o ponto em que a gestão se torna entrincheirada e passa a se aproveitar de benefícios privados do controle (CLAESSENS *et al.*, 2002, p. 2743). Segundo um estudo com 237 companhias brasileiras não financeiras no período de 2001 a 2010, concluiu-se que se, por um lado, o valor de mercado corrigido das ações do maior acionista captou o efeito-incentivo, por outro

...

4 Critica-se o aspecto não vinculante do *say on golden parachute*, tendo em vista que, dada a alteração do controle, os conselheiros não são penalizados por decisões opostas às opiniões manifestadas pelos acionistas (CHOI, LUND e SCHONLAU, 2020).

lado, a excessiva concentração do direito de voto capturou o efeito-entrenchamento na gestão (CAIXE e KRAUTER, 2013, p. 142).

Veja-se que os efeitos das medidas defensivas à tomada de controle no âmbito das companhias com capital concentrado são alvo de críticas pela doutrina, especialmente em função do entrenchamento. Pensada de modo específico para o sistema de capital disperso, a técnica objetiva a proteção da empresa contra tentativa de tomada hostil de controle que se dê em prejuízo dos seus acionistas. Como adiantado, no sistema de capital concentrado, sobretudo quando o controle da companhia é majoritário, presume-se que a aquisição seja negociada com o conselho de administração da companhia-alvo.

Sobre a *poison pill* à brasileira (ou OPA estatutária), isto é, a cláusula do estatuto social que impõe a realização de uma OPA a quem adquirir um percentual específico de participação, há quem acuse a técnica de ser usada como instrumento para a manutenção do controle quando inserida em um contexto de concentração acionária. Para Modesto Carvalhosa (2009, p. 22), a disposição tem se mostrado um “mecanismo jurídico utilizado com o intuito de entrenchar o grupo controlador e os administradores por ele indicados na companhia”, motivo pelo qual parte da doutrina sustenta sua ilegalidade.⁵

Igualmente, a previsão de *golden parachutes* merece ser observada com mais cuidado no nosso país. Se o estabelecimento de uma indenização tem por objetivo reter executivos estratégicos na atividade econômica e ainda servir como desincentivo a possíveis adquirentes, a concentração do capital faz com que se considere a possibilidade de que a atuação dos controladores se dê em detrimento do melhor interesse da companhia. Do mesmo modo, a celebração do contrato de indenização por companhia inserida em mercado de controle acionário pouco desenvolvido deve ao menos gerar dúvidas sobre a possível extração de benefícios privados por parte de seus administradores.

Entretanto, além da análise institucional, cabe novamente salientar que qualquer conclusão sobre a legalidade ou conveniência dos acordos de indenização deve necessariamente se aprofundar no caso concreto para verificação das hipóteses de disparo definidas, forma de aprovação pelos órgãos internos e cumprimento de deveres por parte dos administradores. Caso haja alguma invalidade de forma ou matéria, torna-se imprescindível que o Estado intervenha para proteção dos minoritários.

Conforme dispõe o art. 4º, IV, “b”, da Lei n. 6.385/1976, a CVM deve exercer suas atribuições para proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores contra atos ilegais

...

5 “A ilegalidade de tal cláusula de *poison pill* decorre do fato de ela inviabilizar operações que potencialmente atenderiam ao interesse da companhia, como, por exemplo, a aquisição de seu controle ou de uma participação relevante por um novo investidor, tendo como único efeito perpetuar no poder os administradores ou principais acionistas da companhia” (EIZIRIK, 2015, p. 602).

de administradores e controladores das companhias abertas. Assim, cabe reforçar o papel da autarquia de proteger os interesses dos minoritários quando do julgamento de possíveis irregularidades cometidas por aqueles que detêm mais poderes na companhia.

Para a análise do problema, utiliza-se o exemplo do *severance package* previsto pela HRT Participações em Petróleo S/A em 2013 e julgado pela CVM em 2018.

5. O GOLDEN PARACHUTE DA HRT

Em 22 de janeiro de 2013, o conselho de administração da HRT aprovou um pacote de indenizações que contemplava 28 executivos de alto escalão de dentro da companhia, divididos em dois grupos denominados no documento como “*staff management*” e “*senior management*”. A indenização do primeiro grupo, composto de 22 profissionais, correspondia à remuneração total anual de cada beneficiado, contando o bônus. Já o segundo grupo, composto de seis profissionais, teria sua remuneração multiplicada por 2, exceto o diretor-presidente, que teria sua remuneração multiplicada por 3 para cálculo da indenização.⁶

Todas as opções em ações dos beneficiados se tornariam imediatamente maduras e a empresa ainda manteria, por 12 meses, todos os benefícios recebidos pelo executivo, como seguro de vida, saúde e odontológico.

Com exceção do segundo item, que somente era aplicável ao grupo mais favorecido pelo pacote, isto é, ao *senior management*, as hipóteses de disparo ou gatilhos eram idênticas a ambos:

Na hipótese de ocorrência de um dos eventos listados abaixo (“Eventos”), o Administrador fará jus ao recebimento de uma indenização (“Indenização”), calculada na forma da Cláusula Segunda. Na hipótese de ocorrência de Justa Causa, a Relação Profissional terminará e o Administrador não fará jus ao recebimento da indenização:

- (i) Aquisição de controle direto ou indireto, seja ela original ou derivada, ou qualquer outra forma de reestruturação societária que resulte na participação, por um acionista ou grupo de acionistas, equivalente a 20% (vinte por cento) ou mais do capital social da Companhia;
- (ii) Rejeição, pela maioria dos acionistas presentes a qualquer Assembleia durante os anos de 2013 e 2014, da proposta de Composição do Conselho de Administração sugerida pela administração da Companhia, excluindo Joe Ash, Thomas Ebborn, Peter O’Brien, and C.L.P;⁷

•••

⁶ Marcio de Rocha Mello acumulava à época os cargos de diretor-presidente e presidente do conselho de administração. De acordo com o regulamento do Novo Mercado, a companhia deveria promover a separação dos cargos até 2014.

⁷ A redação do item foi resultado da deliberação do conselho, em que, de um lado, a maioria dos membros sugeria que deveriam ser os acionistas a decidirem pelo acionamento do gatilho em caso de mudança de controle

(iii) Término da relação mantida entre o Administrador e a Companhia (“Relação Profissional”), por iniciativa da Companhia sem justa causa ou Justificativa. Para os fins do presente Contrato, Justificativa será definido como qualquer mudança adversa no cargo do executivo e/ou em sua remuneração, incluindo, sem limitação, (a) mudança na denominação do cargo, funções ou responsabilidades, ou qualquer falha em sua reeleição ao respectivo cargo exercido e (b) uma redução no salário-base do executivo, salvo se tal redução for consistente com a política de remuneração da Diretoria da Companhia definida pelo Conselho de Administração.

(iv) Um Evento será presumido como ocorrido caso a maioria dos conselheiros aprove uma deliberação no Conselho de Administração constatando a ocorrência de um Evento em razão de mudanças na participação acionária dos acionistas, negociações entre a Companhia e os acionistas, mudanças no Conselho de Administração ou administração da Companhia, que possam ser consideradas uma mudança de controle no melhor interesse da Companhia. (CVM, 2018, p. 3)

Com a eleição de três novos conselheiros na assembleia geral ordinária de 29 de abril de 2013, disparou-se o gatilho, três diretores renunciaram e a empresa indenizou os executivos em mais de R\$ 20 milhões.

Em justificativa dada à CVM, a companhia afirmou que, diante do risco de tomada de controle e dos movimentos de interferência de determinados acionistas relevantes na administração, o *severance package* viria no sentido de estimular e ainda conferir estabilidade a determinados executivos-chave para que pudessem desempenhar suas funções na HRT. Sobre o alinhamento aos interesses sociais, alegou-se que o instrumento era necessário para a retenção de profissionais que eram essenciais e a garantia da continuidade de projetos.

Entretanto, a Superintendência de Relações com Empresas considerou que houve um desequilíbrio entre os direitos e as obrigações assumidos pelos executivos e pela companhia na celebração do pacote. Para a acusação, o desequilíbrio revelava-se especialmente pela disposição que permitia que a simples rejeição da proposta da administração para composição do conselho disparasse o direito do recebimento das indenizações, ainda que o término da relação não ocorresse por iniciativa da empresa. Além disso, a proposta da administração para a

...

da companhia e, de outro, Marcio Mello e Wagner Peres demonstravam insatisfação com o clima de instabilidade da companhia e o desejo de deixar a empresa caso o cenário não mudasse. Desse modo, ajustou-se que a alteração de qualquer um dos membros originais do conselho de administração, com exceção de Joseph Ash, Thomas Ebborn, Peter O’Brien e Charles Putz, eleitos no final de 2012, daria ensejo ao acionamento do gatilho do *senior management*. O gatilho do *staff management* só seria acionado em caso de demissão ou alteração de suas funções.

assembleia de 29 de abril de 2013 limitava-se a informar aos acionistas a existência do acordo e o valor máximo de indenização, o que teria prejudicado a avaliação criteriosa e ponderada do instrumento na decisão.

Na instauração do Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2013/11703 (CVM, 2018), a acusação entendeu que os conselheiros de administração que aprovaram o pacote nas reuniões do órgão societário teriam violado seus respectivos deveres fiduciários, em especial o dever de exercer suas atribuições no interesse da companhia, conforme o art. 154 da LSA.

O diretor relator Gustavo Tavares Borba proferiu voto fundamentado na *business judgment rule* em que dispôs que analisaria tão somente se o comportamento do administrador ao longo do processo decisório demonstrasse que ele atuou de maneira informada, refletida e desinteressada, mesmo que, no momento seguinte, viesse a se verificar que a decisão não havia sido a mais benéfica para a empresa. Fazendo o recorte para o julgamento, estabeleceu que a discussão se limitaria à regra que conferia a possibilidade de o administrador se retirar voluntariamente com direito a indenização, aplicável ao *senior management*.

Nesse sentido, analisou a troca de *e-mails* e deliberações à época para a tomada de decisão sobre o pacote e destacou a preocupação dos conselheiros independentes com a hipótese de acionamento referente à alteração de qualquer membro do conselho de administração. Também foi objeto de deliberação a forma que o pacote deveria ser aprovado na assembleia geral, tendo os conselheiros solicitado a elaboração de um parecer jurídico que comprovasse a posição do presidente de que não se fazia necessário divulgar as condições do acordo aos acionistas da empresa.

Ainda que tenha entendido que a decisão do conselho de administração havia sido tomada de maneira informada e refletida, o relator concluiu que o processo de discussão e elaboração do acordo teria sofrido influência de interesses alheios aos da companhia. Marcio Rocha Mello e Wagner Elias Peres, membros beneficiados pelo documento, teriam utilizado da sua influência na administração para fazer prevalecer as condições que melhor atendiam aos seus interesses, chegando, inclusive, a ameaçar de se retirarem da empresa levando consigo um corpo de técnicos. Segundo o relator Gustavo Tavares Borba, o presidente “enxergava a companhia como um ‘feudo’ seu”, citando uma de suas manifestações em reunião do órgão societário: “Eu não quero ser um executivo de uma empresa [em que] qualquer um vem aqui e muda meu conselho antes do mandato” (CVM, 2018, p. 22).

Para o relator, os deveres fiduciários dos conselheiros beneficiados não deveriam ser analisados sob a perspectiva da informação e reflexão, uma vez que o interesse na decisão impõe um padrão de diligência mais elevado na aprovação e exige-se a demonstração de que a decisão foi equitativa e razoável considerando os interesses da companhia. Embora não houvesse impedimento formal para o voto, compreendeu-se que os conselheiros atraíram forte carga de responsabilidade para si por terem assumido o dever de rejeitar qualquer condição dúbia que pudesse ser prejudicial à HRT na deliberação.

Desse modo, não teria sido equilibrada e razoável a hipótese de disparo segundo a qual a mera alteração de um único membro do conselho autorizaria o pagamento da indenização, ainda que o administrador decidisse se retirar por vontade própria do cargo de direção. Verificou, por fim, que a questão da alteração do controle da empresa teria ficado em segundo plano nas argumentações quando da aprovação do *severance package* no conselho.

Em resumo, o diretor relator concluiu que (i) dois conselheiros beneficiados diretamente pelo acordo que teriam utilizado sua influência para a aprovação seriam multados em R\$ 450 mil, (ii) um conselheiro beneficiado diretamente pelo acordo sem ter influenciado a deliberação seria multado em R\$ 150 mil e (iii) os outros conselheiros de administração seriam absolvidos, tendo em vista que a decisão teria sido tomada sob ameaça à integridade da companhia e a inclusão de alguns dos membros independentes na chapa de reeleição não seria suficiente para presumir que a independência teria sido perdida.

O diretor Gustavo Machado Gonzalez apresentou divergência sobre a adoção de padrões de revisão para a análise da conduta de membros interessados e desinteressados do conselho, visto que o relator teria utilizado o teste da *entire fairness* para os conselheiros com interesse na aprovação do acordo de indenização e a *business judgment rule* para os demais. Entende ainda que a regra da decisão comercial seria aplicada somente na apuração de violações do dever de diligência (art. 153 da LSA) e não de desvio de poder (art. 154 da LSA), o que impediria uma análise puramente procedimental. Para ele, no entanto, o exame de mérito não envolveria uma avaliação invasiva como aquela utilizada para verificação da conduta dos membros interessados, mas o exame sobre a existência de elementos que indiquem o desvio de poder.

Na sua interpretação, não seriam ilógicos os gatilhos fixados pelos membros do conselho de administração da HRT e a negociação por parte dos interessados não caracterizaria desvio de poder apenas por terem o feito de forma dura para prevalecimento do seu interesse pessoal. Não deixando de reconhecer a gravidade das omissões no material enviado para a assembleia, o diretor explicou que esse fato isolado não leva a concluir pela infração ao art. 154 da LSA, motivo pelo qual votou pela absolvição de todos os acusados.

Depois da divergência, o relator diretor Gustavo Tavares Borba alterou o voto proferido anteriormente para absolver o conselheiro beneficiado que não teria utilizado sua influência para aprovação do plano. Na decisão, foi reafirmada a posição pela possibilidade de apuração da conduta de cada membro de forma específica para análise da responsabilidade. Com base na ética, o relator explicou que existem limites na postura que se pode adotar nas deliberações do conselho e ressaltou que “‘mesa de negociação’ não é e nem deve ser um vale-tudo em que o administrador poderia utilizar de estratégias rasteiras e condutas de moralidade duvidosa para fazer prevalecer sua posição” (CVM, 2018, p. 16).

O diretor Henrique Balduino Machado Moreira seguiu o voto do relator e destacou a violação do dever de conduta diante da ameaça à integridade dos negócios da companhia como estratégia de negociação.

Entendendo que inexistiam nos autos elementos que autorizariam identificar a orientação diversa ao do interesse da companhia, sobretudo pela composição de maioria independente no conselho, o diretor-presidente Marcelo Barbosa votou pela absolvição de todos os acusados. Assim como na divergência anterior, o diretor também reprovou a conduta dos conselheiros diante do dever de transparência das hipóteses de acionamento, porém concluiu que a irregularidade não figurou no termo de acusação e por isso não seria cabível o exame.

Por fim, o diretor Pablo Renteria acompanhou o voto do presidente, o que culminou na decisão de absolvição de todos os acusados.

Sendo assim, a CVM absolveu o conselho de administração da HRT por ter aprovado um *severance package* que previa o disparo de uma indenização a alguns de seus próprios membros caso os acionistas não seguissem integralmente sua proposta de chapa para o próximo mandato. Entre os motivos que teriam justificado a medida do ponto de vista do interesse social, a companhia citou o risco de tomada de controle hostil em função da queda de 80% da cotação das ações desde a *Initial Public Offering* (IPO) pelo insucesso de suas campanhas exploratórias.

O benefício foi proposto em forma de *golden parachute*, visto que o gatilho relacionado à substituição de qualquer conselheiro no próximo mandato estava supostamente embasado na interpretação de que a alteração no controle estaria configurada pela simples saída de um membro, ainda que o art. 116, “a”, da LSA disponha que o controlador tem o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade e não todos eles.

Embora não tenha sido objeto de ponderação pelo relator, depreende-se do formulário de referência arquivado em 28 de janeiro de 2013 que a companhia tinha um acionista com participação social entre 10% e 15% e dois acionistas com participação social entre 5% e 10%. Quase 75% do capital estava distribuído entre os demais acionistas, razão pela qual a administração justificou a medida defensiva pela instabilidade gerada em razão do controle indefinido.

Todavia, em verdade, cabe observar que a HRT provavelmente possuía uma estrutura acionária com controle minoritário em que poucos acionistas tinham poder de controle sobre diversas decisões, especialmente aquelas que não demandam aprovação da maioria do capital social. É possível extrair essa informação do processo a partir da própria contradição da administração em sua justificativa de que a empresa estaria exposta a riscos em função de “movimentos de interferência de determinados acionistas relevantes” (CVM, 2018, p. 4).

Ademais, também se questiona sobre a suposta “proposta hostil” de tomada de controle que a companhia teria recebido no final de 2012, já que os próprios administradores informaram que houve a criação de um comitê para avaliá-la e que o conselho de administração teria rejeitado a operação. Vale dizer, a hostilidade dessa forma de aquisição decorre justamente da inexistência de uma proposta e da utilização de oferta pública como meio de comunicação direta com os acionistas, o que não parece ter sido o que aconteceu.

Dito isso, entende-se que a decisão da CVM deixou de contribuir para a proteção do direito dos acionistas no caso concreto. Em que pese se tenha aplicado a *business judgment rule*,

a análise da atuação informada, refletida e desinteressada dos administradores necessariamente demandaria a apuração da conveniência da medida naquele momento. Era imprescindível que se partisse da justificativa do benefício para verificar se o instrumento se prestava a tal fim, averiguando os fatos narrados e a iminência do risco.

Como mencionado anteriormente, o mercado de controle acionário brasileiro não se encontra em estágio de desenvolvimento capaz de demandar urgência na aprovação de medidas defensivas contra tentativas de aquisição que venham em prejuízo da companhia e dos seus sócios. Ainda que a HRT possuísse boa parte do capital disperso e pudesse estar exposta a adquirentes, até então não se verificaram movimentações de mercado suficientes para desconsiderar a conveniência do instrumento no aspecto institucional.

Nesse ponto, é importante lembrar que o mercado de controle acionário contribuiria com o estímulo à eficiência, de modo que companhias descontadas na bolsa e com ativos relevantes poderiam ter sua administração substituída por outra com maior aptidão a melhorar seu desempenho.

Não obstante a legalidade da tentativa de tomada de controle, há fortes indicativos de que a administração procurava um meio de se entrincheirar no poder ou de encontrar uma saída remunerada. Pela análise do estatuto, constata-se que já existia previsão de outra medida defensiva para evitar aquisições hostis contrárias ao interesse social. O art. 44 previa uma *poison pill* à brasileira, dispondo que aquele que adquirisse quantidade igual ou superior a 20% do capital social deveria realizar uma oferta pública para aquisição da totalidade de ações da companhia por preço não inferior a 115% do valor econômico.⁸

Além disso, o § 4º do dispositivo estipulava que a OPA poderia ser dispensada mediante voto favorável da assembleia geral.⁹ Então, o estatuto social da HRT promovia a proteção contra

...

8 “44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas representando interesse comum, que adquira ou se torne titular de ações de emissão da Companhia, em quantidade igual ou superior a 20% (vinte por cento) do total de ações de emissão da Companhia deverá, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data de aquisição ou do evento que resultou na titularidade de ações em quantidade igual ou superior a 20% (vinte por cento) do total de ações de emissão da Companhia, realizar ou solicitar o registro de, conforme o caso, uma oferta pública de aquisição (‘OPA’) da totalidade das ações de emissão da Companhia, observando-se o disposto na regulamentação aplicável da CVM, o Regulamento do Novo Mercado, outros regulamentos da BM&FBOVESPA e os termos deste artigo. [...] Parágrafo 2º – O preço de aquisição na OPA de cada ação de emissão da Companhia não poderá ser inferior a 115% (cento e quinze por cento) do seu Valor Econômico, definido em laudo de avaliação elaborado de acordo com o disposto e seguindo os procedimentos previstos no artigo 48 deste estatuto” (PETRORIO S.A., *s. d.*).

9 “Parágrafo 4º – A realização da OPA mencionada no *caput* deste artigo poderá ser dispensada mediante voto favorável de acionistas reunidos em assembleia geral especialmente convocada para este fim, observadas as seguintes regras: (i) a referida assembleia geral será instalada, em primeira convocação, com a presença de acionistas representando mais da metade do capital, e em segunda convocação com acionistas que represen-

aquisições hostis e ao mesmo tempo deixava a decisão de dispensa aos acionistas, cabendo ao conselho apenas a emissão de parecer não vinculante.

Portanto, seja pelo aspecto institucional, seja pelas condições específicas, compreende-se que houve desvio de poder.

Além de haver inúmeras inconsistências do ponto de vista da governança, como votação em conflito de interesses, falta de transparência na documentação enviada à assembleia de acionistas e acumulação de cargos de diretor-presidente e presidente do conselho, os membros beneficiados pelo plano não exerceram suas atribuições no sentido do interesse social. Ao contrário, existem provas de que a tomada de decisão dos conselheiros independentes foi afetada pela ameaça à integridade da companhia.¹⁰

Assim, demonstra-se como o conflito de agência reproduzido na remuneração dos administradores pode suscitar decisões que manejem os recursos corporativos para fins diversos do social. Por isso, os pacotes de indenização merecem maior atenção e os acionistas maior proteção, tendo em vista que o crescimento do mercado de capitais também depende de justa regulação para garantia da legalidade na atuação empresarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os *severance packages* são instrumentos de incentivo que visam alinhar os interesses dos administradores e acionistas. São pacotes de indenização usualmente celebrados com executivos do alto escalão da companhia a fim de mitigar problemas de gestão, como a aversão ao risco.

O benefício é firmado como um acordo na empresa, e admite criatividade na elaboração das hipóteses de disparo. Um exemplo comum é a vinculação da indenização à alteração do controle, que garante aos administradores estabilidade na realização dos projetos. Nessa forma, o pacote costuma ser nomeado como *golden parachute* e também constitui uma medida defensiva à tomada de controle nos sistemas de capital disperso.

...

tem mais de 30% (trinta por cento) do capital da Companhia; (ii) a dispensa de realização da OPA será considerada aprovada com o voto da maioria simples dos acionistas presentes, seja em primeira ou segunda convocação; (iii) não serão computadas as ações detidas pelo Acionista Adquirente para fins de determinação do quórum de instalação, conforme item 'i' acima, ou do quórum de deliberação, conforme item 'ii' acima; e (iv) O Acionista Adquirente está proibido de votar na assembleia" (PETRORIO S.A., *s. d.*).

¹⁰ Nesse sentido, o *Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa* do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) dispõe que, "se o conselheiro identificar pressões indevidas ou sentir-se constrangido e não for possível manter sua autonomia, ele deve, no limite, renunciar ao cargo, sem prejuízo a eventual formulação de denúncia à assembleia geral e/ou ao órgão regulador" (IBGC, 2015, p. 44).

Ainda que exista evidência sobre o aumento do risco da empresa decorrente do estímulo à tomada de decisão, a legalidade da contratação depende do processo de aprovação e do interesse social. No Brasil, a competência de aprovação é da assembleia geral e aos administradores cabe o cumprimento dos seus deveres fiduciários na formulação da proposta. Tanto a escolha da forma de remuneração como os valores despendidos pela companhia devem ser justificados aos acionistas, com total transparência das deliberações.

Ocorre que predomina no país o sistema de capital concentrado, de modo que a alteração do controle é objeto de uma decisão de venda. Como não existe nesse cenário um mercado de controle acionário desenvolvido a ponto de pressupor a ameaça de tomada de controle hostil, as medidas defensivas aumentam o risco de entrenchement da gestão. Dessa maneira, caso o benefício dos executivos seja justificado como uma medida defensiva, argumenta-se que a estrutura acionária da companhia e o mercado no qual a companhia está inserida devem auxiliar na verificação do interesse social.

Analisando o *severance package* da HRT, concluiu-se que a justificativa dos administradores para aprovação do benefício não se sustenta. Ainda que o controle fosse minoritário, não houve movimentações do mercado suficientes para indicar a ameaça de aquisição hostil. Igualmente, a existência de outra medida defensiva no estatuto social mostrou-se importante para constatar que o instrumento não era conveniente aos fins sociais.

Entende-se que a decisão da CVM deixou de contribuir para a proteção dos acionistas da companhia, uma vez que não se atentou aos aspectos institucionais relevantes à avaliação da conveniência do instrumento.

REFERÊNCIAS

AGRAWAL, Anup; KNOEBER, Charles. Managerial Compensation and the Threat of Takeover. *Journal of Financial Economics*, [s. l.], v. 47, p. 219-239, 1998.

ALMAZAN, Andres; SUAREZ, Javier. Entrenchment and Severance Pay in Optimal Governance Structures. *The Journal of Finance*, [s. l.], v. 58, n. 2, p. 519-547, abr. 2003.

BEBCHUK, Lucian Arye. Efficient and Inefficient Sales of Corporate Control. *The Quarterly Journal of Economics*, [s. l.], v. 109, n. 4, p. 957-993, nov. 1994.

BEBCHUK, Lucian Arye; COATES, John; SUBRAMANIAN, Guhan. The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence & Policy. *Stanford Law Review*, [s. l.], v. 54, n. 5, p. 887-951, 2002.

BEBCHUK, Lucian Arye; COHEN, Alma; WANG, Charles. Golden Parachutes and the Wealth of Shareholders. *Journal of Corporate Finance*, [s. l.], n. 25, p. 140-154, abr. 2014.

BEBCHUK, Lucian Arye; FRIED, Jesse. *Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

BERTRAND, Marianne; MULLAINATHAN, Sendhil. Enjoying the Quiet Life? Corporate Governance and Managerial Preferences. *Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 111, n. 5, p. 1043-1075, out. 2003.

CADMAN, Brian; CAMPBELL, John; KLASA, Sandy. Are Ex Ante CEO Severance Pay Contracts Consistent with Efficient Contracting? *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, [s. l.], v. 51, n. 3, p. 737-769, jun. 2016.

CAIXE, Daniel Ferreira; KRAUTER, Elizabeth. A influência da estrutura de propriedade e controle sobre o valor de mercado corporativo no Brasil. *Revista de Contabilidade e Finanças*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 24, n. 62, p. 142-153, maio/ago. 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *As poison pills estatutárias na prática brasileira – Alguns aspectos de sua legalidade*. In: CASTRO, Rodrigo Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.). *Direito societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 19-29.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2003. v. 4. t. II.

CHOI, Albert; LUND, Andrew; SCHONLAU, Robert J. Golden Parachutes and the Limits of Shareholder Voting. *Vanderbilt Law Review*, [s. l.], v. 73, n. 1, p. 223-266, 2020.

CLAESSENS, Stijn *et al.* Disentangling the Incentive and Entrenchment Effects of Large Shareholdings. *The Journal of Finance*, [s. l.], v. 57, n. 6, p. 2741-2771, dez. 2002.

CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Boletim de Mercado n. 84*. 29 out. 2020. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/boletimmercado/anexos/BoletimdeMercado_84_102020.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Processo Administrativo Sancionador n. RJ2013/11703*. Relatório do diretor Gustavo Tavares Borba. Data da sessão de julgamento: 31.07.2018. Disponível em:

https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2018/20180731_PAS_RJ201311703.html. Acesso em: 11 jul. 2022.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Da tomada de sociedades (*takeover*): efectivação, valoração e técnicas de defesa. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 54, v. 3, p. 761-777, dez. 1994.

EIZIRIK, Nelson Laks. *Direito societário: estudos e pareceres*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GAUGHAN, Patrick. *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings*. 6. ed. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2015.

GILLAN, Stuart; HARTZELL, Jay; PARRINO, Robert. Explicit Versus Implicit Contracts: Evidence from CEO Employment Agreements. *The Journal of Finance*, [s. l.], v. 64, n. 4, p. 1629-1655, ago. 2009.

GOLDMAN, Eitan Moshe; HUANG, Peggy Peiju. Contractual vs. Actual Separation Pay Following CEO Turnover. *Management Science*, [s. l.], v. 61, n. 5, p. 931-1193, set. 2014.

HARTZELL, Jay; OFEK, Eli; YERMACK, David. What's in It for Me? CEOs Whose Firms are Acquired. *The Review of Financial Studies*, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 37-61, jan. 2004.

INDERST, Roman; MUELLER, Holger. CEO Replacement under Private Information. *The Review of Financial Studies*, [s. l.], v. 23, n. 8, p. 2935-2969, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

JENSEN, Michael. Takeovers: Their Causes and Consequences. *The Journal of Economic Perspectives*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 21-48, 1988.

JENSEN, Michael. Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers. *The American Economic Review*, [s. l.], v. 76, n. 2, p. 323-329, maio 1986.

JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, [s. l.], v. 3, n. 4, p. 305-360, out. 1976.

JENSEN, Michael; RUBACK, Richard. The Market for Corporate Control: The Scientific Evidence. *Journal of Financial Economics*, [s. l.], v. 11, n. 1-4, p. 5-50, abr. 1983.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Sociedades coligadas, controladoras e controladas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2. p. 2031-2044.

MANNE, Henry. Mergers and the Market for Corporate Control. *The Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 73, n. 2, p. 110-120, abr. 1965.

MANSI, Sattar; WALD, John; ZHANG, Andrew. Severance Agreements and the Cost of Debt. *Journal of Corporate Finance*, [s. l.], v. 41, p. 426-444, dez. 2016.

MANSO, Gustavo. Motivating Innovation. *The Journal of Finance*, [s. l.], v. 66, n. 5, p. 1823-1860, out. 2011.

MARQUES, Thiago de Ávila; GUIMARÃES, Thayse Machado; PEIXOTO, Fernanda Maciel. A concentração acionária no Brasil: análise dos impactos no desempenho, valor e risco das empresas. *Revista de Administração Mackenzie*, São Paulo, v. 16, n. 4, p. 100-133, jul./ago. 2015.

MASULIS, Ronald; WANG, Cong; XIE, Fei. Corporate Governance and Acquirer Returns. *Journal of Finance*, [s. l.], v. 62, n. 4, p. 1851-1889, ago. 2007.

MEULBROEK, Lisa *et al.* Shark Repellents and Managerial Myopia: An Empirical Test. *Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 98, n. 5, p. 1108-1117, out. 1990.

MITCHELL, Mark; LEHN, Kenneth. Do Bad Bidders Become Good Targets? *Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 98, n. 2, p. 372-398, abr. 1990.

MORCK, Randall; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Do Managerial Objectives Drive Bad Acquisitions? *The Journal of Finance*, [s. l.], v. 45, n. 1, p. 31-48, mar. 1990.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MUSCARELLA, Christopher; ZHAO, Jing. Promoting the Quiet Life or Risk-Taking? CEO Severance Contracts and Managerial Decision-Making, jun. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1787221>. Acesso em: 12 mar. 2020.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. *Medidas defensivas à tomada de controle de companhias*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

PETRORIO S.A. *Estatuto Social da HRT Participações em Petróleo S.A.* [S. l.], [s. d.].

RAU, Raghavendra; XU, Jin. How Do Ex Ante Severance Pay Contracts Fit into Optimal Executive Incentive Schemes? *Journal of Accounting Research*, [s. l.], v. 51, n. 3, p. 631-671, jun. 2013.

SCHWAB, Stewart; THOMAS, Randall. An Empirical Analysis of CEO Employment Contracts: What Do Top Executives Bargain For? *Washington and Lee Review*, [s. l.], v. 63, n. 1, p. 231-270, 2006.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. A Survey of Corporate Governance. *Journal of Finance*, [s. l.], v. 52, n. 2, p. 737-783, jun. 1997.

STEWART, James. Let's Stop Rewarding our Failed CEOs. *The New York Times*, 1º out. 2011. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2011/10/01/business/lets-stop-rewarding-failed-ceos-common-sense.html>. Acesso em: 17 out. 2022.

THE NEW YORK TIMES. On McDonald's and Morality. 11 ago. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/08/11/business/dealbook/mcdonalds-ceo-severance.html>. Acesso em: 25 out. 2020.

VIANA JUNIOR, Dante Baiardo Cavalcante; CRISÓSTOMO, Vicente Lima. Implicações da concentração de controle acionário sobre o *disclosure* socioambiental: evidências empíricas no Brasil. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, São Paulo, v. 21, n. 4, p. 906-927, out./dez. 2019.

ZHAO, Jing. Entrenchment or Incentive? CEO Employment Contracts and Acquisition Decisions. *Journal of Corporate Finance*, [s. l.], v. 22, p. 124-152, set. 2013.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SILVEIRA, Gabriel Abreu da; KLEIN, Vinícius. O *severance pay* no Brasil: uma análise do Caso HRT. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2236. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202236>

Gabriel Abreu da Silveira

MESTRE EM ECONOMIA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). ESPECIALISTA EM DIREITO EMPRESARIAL PELA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL (ABDCONST).
ADVOGADO.

silveira.abreu@gmail.com

Vinicius Klein

DOUTOR EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ). DOUTOR EM DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E MESTRE EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). PROFESSOR ADJUNTO DE DIREITO E ECONOMIA NA GRADUAÇÃO E NO MESTRADO PROFISSIONAL EM ECONOMIA NA UFPR. PROCURADOR DO ESTADO DO PARANÁ.

viniciusklein78@yahoo.com.br

- 1 Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-1185-6173>
- 2 Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-8936-9474>
- 3 Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-2424-9663>
- 4 Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-5699-6108>



Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência

ACTIVISTS OR DEFERENT COURTS? WHAT THE ANALYSIS OF JURISPRUDENCE REVEALS

Pedro de Menezes Niebuhr¹, Isaac Kofi Medeiros², Thales Donato³ e
Eduarda Lückmann Pleticos⁴

Resumo

O artigo compila, organiza e interpreta dados de pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) no intuito de mapear o perfil do controle realizado pelo Poder Judiciário no reexame de atos produzidos pela Administração Pública. O problema que se busca responder consiste em saber se é possível deduzir, a partir da análise de determinado conjunto de julgados, padrão de comportamento mais/menos ativista/deferente do Judiciário em relação aos atos administrativos. A investigação apresenta, a título de referencial teórico, levantamento bibliográfico a propósito da abrangência e da extensão da tarefa de controle judicial da Administração Pública, com especial foco nas correntes designadas como ativistas e deferentes. Os precedentes judiciais do TJSC, colhidos como referência para a presente investigação, demonstram que (i) a existência de maior quantidade de decisões em segunda instância pela anulação ou alteração de atos administrativos, (ii) o recurso recorrente a categorias jurídicas indeterminadas para fundamentação de decisões de revisão de atos administrativos, (iii) a inconsistência entre as distintas câmaras temáticas do Tribunal sobre os fundamentos usados e o resultado dos julgados são, em conjunto, elementos que sugerem a ocorrência, efetiva, de um comportamento ativista do Tribunal no assunto em análise.

Palavras-chave

Controle da Administração Pública; ativismo judicial; deferência; doutrina Chevron; constitucionalização do Direito.

Abstract

The article compiles, organizes and interprets data from jurisprudential research of Santa Catarina Court of Justice (Tribunal de Justiça de Santa Catarina [TJSC]), in order to map the profile of the judicial review of Public Administration. The problem to be answered is whether it is possible to deduce, from the analysis of a certain set of judicial decisions, behavior pattern more/less activist/deferential of the Judiciary towards the administrative acts. The study presents, as a theoretical reference, bibliographic research on the scope and extent of the judicial review of administrative acts, with special focus on the theories designated as activists and deferential. The judicial precedents of the TJSC, taken as a reference for the present study, demonstrate that (i) the existence of a greater number of decisions in second instance for the annulment or alteration of administrative acts, (ii) the recurring appeal to undetermined legal categories as argument to review administrative acts, (iii) the inconsistency between the different thematic chambers of the Court on the grounds used and the outcome of the judgments are, together, elements that suggest the effective occurrence of activist behavior the Court in the matter under analysis.

Keywords

Judicial review of the Public Administration; judicial activism; deference; Chevron doctrine; constitutionalization of law.

INTRODUÇÃO

O controle judicial da Administração Pública é um dos grandes assuntos em voga entre os administrativistas. Esse interesse se justifica diante de uma constatação fática: nas últimas décadas, observa-se uma mudança na percepção daquilo que se compreendia, tradicionalmente, como os limites desse controle. O controle, antes adstrito a aspectos de formalidade, atualmente avança sobre o mérito das escolhas administrativas e, com elevada frequência, redundando na responsabilização do agente administrativo. A doutrina preocupa-se, portanto, em se posicionar sobre essa mais ampla e intensa intervenção na Administração Pública, ora propondo categorias e fundamentação para sustentá-la, ora denunciando eventuais abusos e efeitos indesejados.

O presente estudo insere-se teoricamente no âmbito dessa discussão, sobre os limites do controle judicial da Administração Pública. O tema há muito suscita controvérsias sob a ótica da separação de poderes. Afinal, cabe ao Poder Executivo o papel de gerir a máquina pública e ao Poder Judiciário, nesse caso, o de assegurar que essa gerência seja realizada dentro dos marcos legais e constitucionais. Entretanto, os contornos dessa relação entre os Poderes não são exatamente bem definidos, por uma série de razões. De antemão, é possível apontar que hoje a Administração Pública é extremamente complexa, o que demanda a realização de uma série de atividades específicas que desbordam de um conceito ortodoxo de separação de poderes. A seu turno, também o Poder Judiciário não é mais uma instituição “boca da lei”, tendo assumido papel significativamente maior nas democracias constitucionais contemporâneas, principalmente pela adoção de mecanismos de interpretação legal que reposicionaram as cortes na paisagem institucional. Em particular, essa ascensão do Poder Judiciário parece de fato ter desequilibrado a balança em favor das instituições judiciais.

A presente investigação alinha-se à crítica desse movimento de proeminência e alargamento das competências do Poder Judiciário no exercício do controle da Administração Pública.¹ Intui-se que esse fenômeno desenha um cenário de alta insegurança jurídica, tanto para particulares, diante da incerteza sobre a validade de decisões administrativas relevantes para a vida em comunidade, como para gestores públicos, os quais veem decisões anuladas pelos órgãos de controle quase sem ressalvas, quando não respondem administrativa, civil e criminalmente pelos seus atos. O medo de responsabilização de agentes públicos parece tender a resultar em uma paralisia administrativa e na insistência em velhas soluções, pois a expectativa de padecer de procedimento punitivo inibe, desincentiva, a busca por alternativas inovadoras.

...

1 Nos últimos anos, parte da doutrina voltou-se ao estudo da deferência e à crítica do ativismo judicial sobre as atividades da Administração Pública, além do uso desmedido de princípios constitucionais para fins de controle judicial. Os autores deste artigo compartilham dessa perspectiva crítica. Nesse sentido, conferir Jordão (2016), Maranhão (2016), Guerra (2005), Valle (2020) e Sundfeld (2014).

O que se busca, neste artigo, é tentar confirmar uma premissa intrínseca a essa crítica. É, efetivamente, possível dizer que o Poder Judiciário não presta deferência aos atos da Administração Pública? A hipótese que se trabalha é positiva: o exame de decisões judiciais, em dado período e sobre determinado tema, confirmaria que o Judiciário anula ou altera decisões administrativas, inclusive no que toca ao mérito, sem prestar maior ou alguma deferência às escolhas do agente administrativo. As decisões revelariam que, diante de uma pluralidade de opções, o Judiciário costuma substituir sem maiores reflexões a solução adotada pelo agente administrativo simplesmente por discordar que seja o melhor encaminhamento para o caso.

Abre-se um parêntese para advertir que o escopo da presente pesquisa não é induzir, a partir do resultado dos dados colhidos, possíveis justificativas para o comportamento deferente ou ativista eventualmente constatado, mas fazer a constatação acerca desse próprio comportamento. Eventual explicação para uma posição ativista ou deferente depende de variáveis complexas e, eventualmente, intuídas. Os autores pretendem, depois, para esse propósito (isto é, investigar possíveis causas do comportamento ativista ou deferente em casos concretos), cotejar, com similar metodologia de pesquisa e no âmbito do mesmo tribunal, os resultados de controle judicial no âmbito de atividades complexas e especializadas (a pesquisa, futura, tratará de análise empírica de processos judiciais que pretendem a revisão de atos sancionadores aplicados no âmbito da administração ambiental). Uma hipótese do desdobramento dessa pesquisa futura é de que, efetivamente, a natureza da matéria a ser versada é fator indutor de comportamento deferente por parte do Judiciário. Fecha-se o parêntese.

Para confirmar ou refutar a hipótese, elegeu-se colher e compilar os dados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), na última década, em matéria de revisão de atos administrativos praticados no exercício do poder sancionador pela Administração Pública no âmbito das relações de consumo. Entende-se que a eleição de um dos tribunais da federação (a rigor, qualquer um deles) pode sugerir um comportamento similar nos demais, dado que a função por eles desenvolvida é, essencialmente, a mesma. A escolha dos atos administrativos praticados no bojo da fiscalização das relações de consumo deu-se por versar sobre um daqueles assuntos regulados por legislação de caráter nacional (pelo que se infere que o comportamento dos demais tribunais estaduais seria similar, dado que voltado para idênticas premissas jurídicas) e em matéria na qual, por excelência, a legislação optou por outorgar à autoridade administrativa considerável carga de discricionariedade para definir, no caso concreto, a medida de sanção a ser aplicada ao particular fiscalizado. Em situação de normalidade institucional, era de se esperar que o mérito da solução construída pela autoridade administrativa fosse preferencialmente preservado. Por fim, a definição do marco temporal justifica-se pelo período da última década mostrar-se potencialmente representativo da jurisprudência sobre a matéria, com estabilidade suficiente para deduzir o comportamento do Tribunal nesse assunto.

O artigo é organizado, além desta introdução e das conclusões, em outras duas seções, a saber: “Marco teórico” e “O controle dos atos dos Procons na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina”. A investigação é realizada com base no método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e análise empírica de decisões judiciais.

I. MARCOTEÓRICO

I.1. ESTÁGIO ATUAL DO CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a doutrina promoveu uma virada de entendimento sobre os limites do controle judicial da Administração Pública, a partir da ideia de constitucionalização do direito administrativo e da conseqüente irradiação do conteúdo dos valores e princípios constitucionais sobre a legislação administrativa. Esse fenômeno é descrito de maneira duplamente facetada: tanto a Constituição alçou à dimensão constitucional matérias de direito administrativo,² que antes poderiam ser encontradas na legislação ordinária, como a Constituição e seus princípios ora se projetam sobre a legislação ordinária, conformando a sua interpretação, o que resultou em transformações profundas no direito administrativo e nas formas de controle da Administração Pública.

Essa vertente doutrinária identificada e comprometida com a ideia de constitucionalização intensa do direito administrativo distancia-se significativamente da doutrina tradicional de controle, pré-1988, tida como insuficiente diante dos novos desafios impostos pela realidade complexa da Administração Pública e pelo baixo comprometimento ético de seus gestores, que, alega-se, usavam do “manto do mérito administrativo” para praticar abusos e desvios no gerenciamento da coisa pública (BINENBOJM, 2008, p. 205). Os principais administrativistas da segunda metade do século passado, como Miguel Seabra Fagundes, José Cretella Jr., Victor Nunes Leal, Hely Lopes Meirelles, Themístocles Brandão Cavalcanti, entre outros, enunciam, com frequência, diretrizes de um controle judicial modesto, limitado ao controle formal de legalidade e respeitoso com o núcleo de mérito da decisão administrativa, em consideração à separação de poderes.³ Então, se antes a doutrina pré-1988 parecia orientada a um controle moderado do ato administrativo, hoje se nota uma evolução em sentido oposto, de abertura para novas hipóteses de intervenção judicial nas atividades da Administração Pública.

...

2 A bem da verdade, a constitucionalização do direito administrativo não é absolutamente nova; desde a Constituição de 1934 constam em textos constitucionais normas relativas aos servidores públicos, à responsabilidade civil do Estado, entre outras (DI PIETRO, 2012, p. 4).

3 Nesse sentido, conferir Fagundes (1951), Leal (2013), Cretella Jr. (1965, 1987), Cavalcanti (2013) e Meirelles (2016).

Pode-se qualificar esse movimento mais recente como uma espécie de “neoconstitucionalismo administrativista”, pois se caracteriza pela aplicação prática dos postulados neoconstitucionalistas sobre o direito administrativo, de reencontro entre direito e moral a partir da supervalorização de princípios constitucionais de fundo axiológico. Essa corrente – que não constitui um bloco coeso, mas é de certa forma hegemônica na primeira década dos anos 2000 – sustenta a ocorrência de uma transformação no seio do direito administrativo causada pela irradiação dos valores constitucionais sobre a ordem jurídica de tal maneira que há uma superação do princípio da legalidade – lei em sentido estrito, velha pedra de toque da Administração Pública – pelo princípio da juridicidade,⁴ consubstanciado não mais no simples respeito à lei, mas na observância ao direito e aos seus princípios, mormente aqueles localizados no texto constitucional. Há, de maneira generalizada, um questionamento sobre a própria legitimidade da lei, em virtude tanto de uma conduta antipositivista que caracteriza a vertente neoconstitucionalista⁵ como de uma invocada falta de representatividade dos interesses veiculados nos parlamentos. Assim, nesse ambiente de polarização entre lei e Constituição, o administrador não está mais vinculado à legalidade, mas à constitucionalidade, e pode, inclusive, deixar de aplicar uma regra se ela estiver em contrariedade aos valores constitucionais – atuação *contra legem* (BINENBOJM, 2008, p. 142).

Os princípios possuem papel decisivo nessa nova teoria de controle, uma vez que, ao serem dotados de abertura semântica, projetam um fortalecimento dos instrumentos de controle do Poder Judiciário sobre a Administração Pública. A elasticidade dos princípios constitucionais permite ao seu intérprete final – o Poder Judiciário – uma margem de construção de padrões decisórios menos aderentes à letra da lei. O que pode parecer inseguro para o administrador, é, no entanto, celebrado pela doutrina. Segundo Binenbojm (2008, p. 63-65),

•••

4 Para fins operacionais, pode-se considerar juridicidade o princípio segundo o qual o administrador não está vinculado ao paradigma positivista da legalidade estrita, mas à Constituição e aos seus princípios, servindo esses últimos como parâmetro de validade de atuação da Administração Pública. Inclusive, essa parametrização pode se dar de forma direta, sem haver necessidade de mediação legislativa, porque a Constituição funciona como “fundamento primeiro” da atividade administrativa. Para um estudo mais aprofundado, cf. Otero (2003).

5 *Grosso modo*, o neoconstitucionalismo caracteriza-se por ser vertente antagonista ao positivismo jurídico, tido pelos neoconstitucionalistas como responsável, no campo jurídico, pela permissividade do Direito diante das atrocidades dos regimes totalitários da primeira metade do século XX. Bem por isso que o neoconstitucionalismo vai se afirmar como teoria que defende o reencontro entre o direito e a moral, em oposição à ideia “pura” de direito característica do juspositivismo. Cf. Barroso (2005, p. 4). Em sentido crítico, Elival da Silva Ramos (2015, p. 296) afirma que “os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate”.

os princípios conferiram ao ordenamento a “ductilidade necessária para acomodação de novas demandas que surgem na sociedade em permanente mudança”. Assim, os princípios serviriam de ferramenta adequada para concretizar o programa constitucional de 1988, de forma a superar a simples legalidade e promover um enquadramento da Administração Pública e seus agentes dentro desses valores.

Disso resulta uma das principais consequências do processo de constitucionalização do direito administrativo: o contínuo estreitamento das competências discricionárias dos gestores públicos, das decisões de mérito. A adoção dos princípios como parâmetro central de orientação das atividades administrativas teve como “consequência inevitável [...] a redução do âmbito de discricionariedade da Administração Pública, seguida da ampliação do controle judicial” (DI PIETRO, 2012, p. 8).⁶ Logo, ao promover uma decisão, o administrador não poderá invocar somente alguma sorte de competência discricionária, mas terá de justificar a sua decisão a partir da Constituição, de modo a excluir do seu leque as opções incompatíveis no caso concreto com os princípios e os direitos fundamentais, em respeito à vinculação administrativa à juridicidade. Assim entendido, o Poder Judiciário poderá controlar o mérito da decisão administrativa e invalidá-la à luz “das circunstâncias fáticas e da intensidade da violação aos princípios” (BINENBOJM, 2008, p. 233), podendo proferir decisão que fixe a única solução possível condizente com os fins públicos elencados na Constituição Federal.

Representativo dessas teses, o chamado “direito fundamental à boa administração pública”⁷ ilustra a ideia de que o gestor está vinculado aos valores promovidos pela Constituição Federal de modo, inclusive, a controlá-los em sua atividade administrativa de eleição de prioridades orçamentárias, uma vez que a esse “direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem” (FREITAS, 2009a, p. 22). Por via de consequência, o controle deve “retirar as prioridades constitucionais das nuvens em que se encontram, em vez de deixar o agente público entregue a si mesmo e a seus caprichos” (FREITAS, 2009b, p. 337). Em termos práticos, significa que um agente público não pode invocar discricionariedade administrativa na alocação

...

6 Importante ressaltar a posição intermediária e moderada da professora Di Pietro (2012), que não leva às últimas consequências a posição de crescente limitação da discricionariedade em prol do controle judicial. Nesse sentido, rejeita a tese de que o mérito administrativo deixou de existir, “o que evidentemente constitui exagero inaceitável”, sob pena de reconhecer a Administração Pública como mero robô de aplicação da lei (DI PIETRO, 2012, p. 8-11).

7 Segundo o professor Juarez Freitas (2009a, p. 22), “[t]rata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.

de recursos orçamentários para determinado projeto se a Constituição Federal impõe um direito fundamental, por exemplo, à saúde, que obrigaria o município a executar ações de saúde pública como a construção de postos nos bairros da cidade. Em sede de controle, o Poder Judiciário pode, conseqüentemente, determinar o cumprimento de prestações positivas por parte do município para consagrar esse direito fundamental eleito como prioridade pela Constituição, ao revés da alocação orçamentária pretendida inicialmente pela Administração Pública (FREITAS, 2009b, p. 337).

Outra nota marcante desse conjunto doutrinário é uma boa dose de idealização das instituições judiciais acompanhada da desconfiança em relação aos Poderes democraticamente constituídos. Como dito, a própria legitimidade da lei é posta em questionamento diante da ausência de representatividade dos parlamentos. No mesmíssimo sentido, identifica-se um grau considerável de repúdio aos “caprichos partidários” da Administração Pública, entendidos como características ilegítimas que devem ser neutralizadas para a consecução do interesse público. É nesse contexto que o controle abrangente da Administração Pública é entendido como “o único capaz de desconstruir as falácias que presidem as decisões desastrosas, intensificadas de iniquidade e perpetuadoras de oligarquias plutocratas” (FREITAS, 2009b, p. 330). Pela mesma doutrina, de maneira geral, o Poder Judiciário é alçado a um papel de distinção porquanto “o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los” (BARROSO, 2008, p. 45).⁸

Um dos sinais emblemáticos desse antagonismo e desconfiança com o sistema político é a própria explicação que a doutrina oferece sobre os efeitos do tão alardeado processo de constitucionalização do direito. Apesar de alegar que a constitucionalização atinge os três Poderes do Estado, a forma com que esse fenômeno pretensamente se materializa é assimétrica. Em geral, o discurso propagado é no sentido de que a discricionariedade do Legislativo e do Executivo passa a ser reduzida diante dos princípios e direitos fundamentais, ao passo que o Judiciário se fortalece a partir da ampliação dos instrumentos de controle sobre os demais Poderes. Em síntese, “os princípios e valores limitam a função legislativa e a administrativa e ampliam a possibilidade de controle judicial sobre as leis e os atos administrativos” (DI PIETRO, 2012, p. 5-7).⁹ É dizer: a constitucionalização restringe a discricionariedade dos Poderes dotados de legitimidade político-democrática e amplia a capacidade de intervenção do único Poder não eleito, contramajoritário, o que no mínimo levanta dúvidas acima do razoável sobre o caráter ideológico dessas afirmações.

• • •

⁸ Foi Jeremy Waldron (2003, p. 5) quem sintetizou esse fenômeno da melhor maneira ao dizer que “construímos [...] um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar”.

⁹ No mesmíssimo sentido, cf. Barroso (2005, p. 13).

Uma série de consequências pode ser atrelada a esse novo controle judicial da Administração Pública. Veja-se a questão da elasticidade dos princípios. É bem verdade que a constitucionalização do direito administrativo é um fato, mas dele não se extraem necessariamente as consequências alegadas pelos neoconstitucionalistas, principalmente em matéria de controle de atos administrativos a partir de princípios. Afinal, não existe constituição neoconstitucionalista, senão doutrinadores dispostos a aplicar seus postulados (POZZOLO, 2006, p. 238). Da forma como tem sido defendida, a constitucionalização do direito administrativo fomentou – ou, no mínimo, criou as condições para fomentar – um processo de transferência das prerrogativas decisórias do Poder Executivo para o Poder Judiciário, algo que pode ser entendido como judicialização da política¹⁰ ou ativismo judicial, a depender do grau de proatividade dos magistrados, uma vez que juízes passaram a reivindicar para si a competência para decidir sobre matérias de gestão pública conjurando valores constitucionais difusos, a pretexto de concretizá-los diante da inércia da Administração Pública.

Em especial, pode-se conceber ativismo judicial em dois sentidos, um interpretativo e outro institucional, conceitos operacionais que não se excluem, apenas tratam de ângulos diferentes de enxergar o mesmo objeto. De acordo com o primeiro, a conduta ativista pode ser relacionada ao uso de métodos interpretativos pouco controláveis e de conceitos dotados de abertura semântica para promover decisões que vão muito além da letra da lei e do texto constitucional e podem ser caracterizadas como decisões, no mínimo, excessivamente criativas que aumentam o escopo da jurisdição e empoderam magistrados para decidir sobre temas dos mais variados, em especial aqueles politicamente controvertidos. Do ponto de vista institucional, entende-se por ativismo a invasão do Poder Judiciário no núcleo de funcionamento típico e regular do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, sem que haja autorização constitucional para tanto. Essa ideia não se confunde com a noção de freios e contrapesos, que pressupõe competências sobrepostas e poderes de veto compartilhados entre os Poderes. Muito além disso, ativismo faz referência a casos em que haja uma incursão na atividade de outro Poder sem previsão constitucional explícita, por mera voluntariedade das instituições judiciais.¹¹

• • •

10 Para Tobjorn Vallinder (2012, p. 15), judicialização da política é a “expansão da seara dos tribunais ou dos juízes à custa de políticos e/ou administradores”. A seu turno, Ran Hirschl (2012, p. 36) a conceitua como “o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”.

11 Nesse sentido, o ativismo pode ser considerado a “utilização de formas de interpretação e de ação processual que aumentam os poderes dos magistrados” (LUNARDI e DIMOULIS, 2016, p. 168) e a invasão voluntária do Poder Judiciário sobre “o *núcleo essencial* da função constitucionalmente atribuída a outros Poderes” (RAMOS, 2015, p. 119, grifo do autor).

A prática de ativismo judicial contribui para dois problemas atuais enfrentados pela Administração Pública. O primeiro, a insegurança jurídica, pois, nesse contexto de controle exacerbado, agentes públicos respondem com frequência a procedimentos punitivos diante da mera divergência com a interpretação do órgão controlador ou mesmo por errar na aplicação de dispositivos legais, dentro do emaranhado burocrático e confuso que compõe a legislação administrativa. Isso gerou a chamada *Administração pública do medo*, em que gestores preferem não decidir como maneira de evitar punições (NIEBUHR e NIEBUHR, 2017; GUIMARÃES, 2016). Imbuídos de uma visão idealizada sobre o mito da *única resposta correta* fornecida pelo ordenamento, muitas vezes identificada a partir da interpretação de princípios abertos, órgãos controladores punem gestores públicos severamente sem levar em consideração fatores limitadores, como a indeterminação do direito aplicável ou mesmo as dificuldades materiais enfrentadas por setores administrativos em termos de recursos humanos e orçamentários (JORDÃO, 2018, p. 66-67). Por via de consequência, perfis qualificados afastam-se dos quadros da Administração Pública (NIEBUHR e NIEBUHR, 2017), ao mesmo passo que há “a atração para estes postos principalmente de indivíduos propensos a riscos” (JORDÃO, 2018, p. 69). Isso sem contar a própria insegurança jurídica para particulares, que passam a enxergar as decisões administrativas como padrões inseguros, facilmente passíveis de superação pela via judicial, o que tende a diminuir a credibilidade do gestor público e até afastar investidores do mundo dos negócios local.

O segundo problema, de natureza institucional, é a desnaturação das decisões de gestão pública, pois a intervenção de um órgão não dotado de *expertise* técnica e legitimidade democrática (Poder Judiciário) sobre matérias de política pública desorganiza a própria noção de separação de poderes, que atribui uma especialização funcional¹² ao Poder Executivo para administrar recursos orçamentários finitos de acordo com um programa eleitoral vitorioso nas urnas – além de contar com um corpo técnico multidisciplinar capaz de, ao menos em tese, prover melhores soluções para problemas socioeconômicos complexos, comparativamente ao Poder Judiciário. Sobre a questão das “capacidades institucionais”, convém maior aprofundamento.

1.2. DEFERÊNCIA JUDICIAL À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na contramão de uma conduta ativista, o princípio¹³ da deferência à Administração Pública consiste em uma recomendação para que magistrados adotem uma postura de autocontenção

...

12 Mais do que uma “máquina para impedir usurpações”, a separação de Poderes pode ser entendida como um modelo de garantia de especialização funcional para cada ramo do Estado, de modo que cada um deles admite membros de acordo com o perfil e a missão específica da instituição (HOLMES, 1999, p. 57).

13 Por princípio, entende-se uma espécie de conceito guarda-chuva que abriga determinadas regras por ele justificadas. Essas regras dão vida ao princípio, que, por sua vez, não tem aplicação autônoma. Por exemplo, o

ao revisar atos administrativos expedidos em termos admissíveis, ainda que possam eventualmente discordar da interpretação levada a cabo pelo gestor público. Significa que o Poder Judiciário se abstém de impor a sua opinião sobre qual é a resposta correta fornecida pelo ordenamento jurídico, desde que haja duas ou mais opções válidas e a solução encontrada pela Administração Pública seja aderente ao texto da lei e expedida em termos razoáveis (MEDEIROS, 2020, p. 227).

Conforme mencionado, a presente investigação alinha-se à crítica do ativismo judicial sobre as atividades da Administração Pública e filia-se a uma perspectiva já explorada por uma parte considerável da doutrina contemporânea a partir do estudo do tema da deferência, a exemplo de Jordão (2016), Maranhão (2016), Guerra (2005), Valle (2020) e Sundfeld (2014). Na literatura estrangeira, a ideia de deferência tem grande destaque nos Estados Unidos a partir da doutrina Chevron, instituída pela jurisprudência da Suprema Corte no caso *Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1984). Em linhas gerais, o caso *Chevron* dispôs que o Judiciário deveria prestar deferência às decisões das agências governamentais¹⁴ caso a interpretação da lei aplicada pelas últimas decisões passasse por um teste bifásico de legalidade e razoabilidade.¹⁵ No primeiro teste, o juiz avalia se a lei que fundamentou

...

chamado *princípio da não surpresa* por si não tem aplicação autônoma; é um enunciado que faz referência ao bloco normativo constituído do art. 10 do Código de Processo Civil, que orienta o juiz a não decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, e, em última análise, do próprio inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa. Essas regras constituem o *princípio da não surpresa*. Sobre esse conceito de princípio, conferir Sunstein (1996, p. 30).

14 Nos Estados Unidos, o termo “agência” abrange-as, mas não se limita às agências reguladoras, e engloba também as chamadas agências executivas, ramos da Administração Pública vinculados diretamente à chefia do Poder Executivo. Para um conceito de Poder Executivo e de agência nos Estados Unidos, conferir Posner e Vermeule (2010, p. 5-6).

15 O caso *Chevron* versou sobre a interpretação da Agência de Proteção Ambiental (EPA – *Environmental Protection Agency*) acerca do termo “fontes fixas” contido na Lei do Ar Limpo (*Clean Air Act*), legislação instituinte de um programa de conformidade ambiental que exigia a obtenção de uma nova licença administrativa toda vez que determinada empresa construísse uma nova “fonte fixa” (*stationary source*) ou modificasse uma existente. A interpretação vigente até então era de que todo aparelho industrial capaz de emitir algum nível de poluição deveria ser regulado, de modo que, por exemplo, a aquisição ou modificação de uma nova caldeira exigiria licenciamento. Em 1984, na administração liberal de Ronald Reagan, a EPA ampliou o termo e passou a entender que o conceito “fonte fixa” contemplava uma planta industrial inteira. Por via de consequência, empresas poderiam construir novas fontes de poluição dentro da planta industrial existente sem a necessidade de licenciamento, contanto que elas não excedessem o limite poluente instituído pela Lei do Ar Limpo. A nova interpretação foi judicializada, derrubada no Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, até que chegou à Suprema Corte por força da empresa petrolífera Chevron, uma das interessadas no caso. A Suprema Corte validou a interpretação da EPA por entender que ambas as interpretações em jogo

o ato do gestor público admite mais de uma interpretação. Se a resposta for negativa, isto é, se há somente uma interpretação possível e o gestor distanciou-se dela, o Poder Judiciário deve anulá-la. No entanto, se há duas ou mais interpretações plausíveis de acordo com o texto da lei, isto é, se o dispositivo for ambíguo, passa-se ao segundo teste, em que o magistrado se pergunta se a interpretação conferida pelo gestor é admissível, razoável, ou seja, se é compatível com a pluralidade de sentidos que pode ser extraída do texto. Se a resposta for negativa, a interpretação deve ser anulada. Se a resposta for positiva, o Poder Judiciário deve manter o ato do gestor, por mais que os magistrados possam entender que essa não é a melhor interpretação possível do texto.¹⁶

A doutrina Chevron – ou o princípio da deferência, de modo geral – pode ser explicada a partir de duas perspectivas, uma institucional e outra normativa. O ponto de vista institucional é justificado a partir daquilo que Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002) chamam de “capacidades institucionais”, características que instituições possuem que as tornam mais qualificadas para realizar a interpretação adequada sobre determinada normativa. A exemplo disso, agências reguladoras têm mais *expertise* técnica para fixar o sentido de termos ambíguos em normas pertinentes ao seu exercício de autoridade, desde que essa análise exija um conhecimento técnico especializado que juízes não detêm. No mesmo sentido, a chefia do Poder Executivo tem legitimidade democrática para acomodar interesses políticos dentro dos limites permitidos pela textualidade da lei. Se a amplitude do texto normativo permitir mais de uma interpretação sobre políticas públicas, melhor que a autoridade que a interprete seja legitimada pelo voto e controlada em termos político-eleitorais.¹⁷

...

eram plausíveis à luz do termo “fontes fixas” e a escolha entre uma delas exigiria um juízo de política pública típico do Poder Executivo, de modo que o Poder Judiciário deveria deferir à solução encontrada pela agência (SUNSTEIN, 1990).

- 16 Nesse sentido, Cass Sunstein (2006) destaca que a doutrina Chevron é muito mais do que uma orientação para que o Poder Judiciário não revise atos administrativos a não ser que sejam contrários à lei. De maneira mais arrojada, significa que tribunais devem validar esses atos *ainda que discordem da interpretação dada pelo gestor*. Para Sunstein (2006, p. 2588), os tribunais devem estar preparados para dizer que, “[s]e estivessemos interpretando a lei independentemente, nós diríamos X ao invés de Y; mas porque há ambiguidade, o Executivo está permitido a preferir Y”. No original: “If we were interpreting the statute independently, we would read it to say X rather than Y; but because it is ambiguous, the executive is permitted to prefer Y”.
- 17 A afirmação institucionalista proposta por Sunstein e Vermeule (2002) representa uma virada na interpretação jurídica nos Estados Unidos, uma vez que a doutrina – como ocorre no Brasil – usualmente invoca a pergunta “como um texto deve ser interpretado?”, que pressupõe uma visão idealizada de juízes, capazes de sempre realizarem a melhor interpretação possível e encontrarem a única resposta correta fornecida pelo ordenamento jurídico. Sunstein e Vermeule (2002, p. 2) trocam os sinais da interpretação jurídica e propõem o seguinte questionamento: “como algumas instituições, dotadas de habilidades e limitações distintas, interpretam textos?”.

A exemplo disso, no caso *Chevron* a Suprema Corte levou em consideração um argumento puramente institucional para validar a interpretação administrativa que tinha por objeto um termo ambíguo previsto em lei ambiental. A agência à época conferiu ao termo uma interpretação ampla, mais maleável, e uma organização não governamental (*Natural Resources Defense Council – NRDC*) judicializou o ato para assegurar uma interpretação restritiva. A Suprema Corte entendeu que ambas as interpretações eram plausíveis e que a escolha entre uma das duas envolveria um juízo sobre políticas públicas, de modo que deveria prevalecer a interpretação do Poder Executivo, por se tratar da instituição dotada de capacidade institucional – legitimidade democrática e *expertise* técnica – para esse juízo de valor.¹⁸⁻¹⁹

Do ponto de vista normativo, é possível sustentar a existência de um princípio da deferência à Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro sem a necessidade de mimitar a doutrina estadunidense e realizar um implante acrítico de teoria que desconsiderasse as particularidades do contexto político-jurídico norte-americano. Propõe-se uma deferência

...

18 Extraí-se do voto: “Juizes não são *experts* nesse campo, e não fazem parte de nenhum dos ramos políticos do Governo. Tribunais devem, em alguns casos, reconciliar interesses políticos conflitantes, mas não de acordo com as preferências políticas pessoais dos juizes. Em contraste, uma agência para a qual o Congresso delegou competência para elaboração de políticas públicas pode, dentro dos limites dessa delegação, adequadamente confiar nas visões da administração em exercício sobre políticas inteligentes para informar seu julgamento. Enquanto agências não são diretamente responsáveis (*accountable*) perante a população, o Chefe do Poder Executivo é, e é inteiramente apropriado que esse ramo político do Governo faça tais escolhas sobre políticas públicas – resolvendo interesses conflitantes que o Congresso ou inadvertidamente não resolveu, ou intencionalmente deixou para ser resolvido pela agência encarregada da interpretação da lei à luz da realidade do dia a dia”. No original: “Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges’ personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy-making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration’s views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices – resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1984).

19 Nesse sentido, conforme Sunstein (2006), “o que é mais impressionante sobre a análise de *Chevron* é a sugestão que a resolução de uma ambiguidade estatutária requer um juízo sobre resolver ‘interesses conflitantes’”, sendo um reconhecimento explícito do Tribunal de que exames políticos podem integrar o processo interpretativo. No original: “What is most striking about the Court’s analysis in *Chevron* is the suggestion that resolution of statutory ambiguities requires a judgment about resolving ‘competing interests’. This is a candid recognition that assessments of policy are sometimes indispensable to statutory interpretation” (SUNSTEIN, 2006, p. 2587).

orientada por parâmetros jurídicos brasileiros, ainda que inspirada nos enunciados da doutrina Chevron, nomeadamente aqueles promovidos pela recente alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

O *caput* e o § 1º do art. 22 da LINDB (BRASIL, 1942) assim dispõem:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

O art. 22, e a nova alteração da LINDB de maneira geral, é uma espécie de “dever de empatia” para com a Administração Pública e seus agentes. Em particular, o dispositivo determina que o controlador se coloque no lugar do gestor ao decidir sobre a regularidade de decisão administrativa e leve em consideração dificuldades reais por ele enfrentadas, que podem ser entendidas como dificuldades jurídicas (indeterminação do direito, ambiguidade) e materiais (déficit de recursos humanos e financeiros). Nesse sentido, o controlador deve examinar se, nesse contexto de dificuldades que deve ser considerado, a decisão do gestor foi razoável. Em outras palavras, o controlador deve prestar deferência ao gestor público. Assim interpretado, o art. 22 funciona como fundamento jurídico para a “recomendação”²⁰ de uma conduta deferente do controle da Administração Pública. Eduardo Jordão (2018, p. 66-67) correlaciona o art. 22 aos dois enunciados da doutrina Chevron:

O *caput* do art. 22 é o fundamento explícito para a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos “dois passos” da formulação mais básica de Chevron: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao art. 22. Num primeiro passo, o controlador verifica

...

²⁰ Vale enfatizar que, para assegurar a independência do Poder Judiciário, o princípio da deferência deve ser entendido como uma recomendação interpretativa e não como uma obrigação para que o magistrado acate toda e qualquer decisão administrativa. Esse, aliás, é o sentido do uso da expressão “serão considerados” no art. 22, o que revela a intenção do legislador em recomendar ao magistrado uma conduta deferente, sem imposição obrigatória.

se a “dificuldade jurídica” é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública.

A seu turno, o art. 13 do Decreto Federal n. 9.830/2019, que regulamentou as mudanças mais recentes da LINDB, corrobora o sentido deferente promovido pelo art. 22 por trazer disposição expressa sobre os limites do controle judicial de regularidade da decisão administrativa: “Art. 13. A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas” (BRASIL, 2019).

O Decreto Federal n. 9.830/2019 parece captar a essência da teoria das capacidades institucionais, uma vez que enfatiza o papel do gestor no direcionamento de políticas públicas e pretende, simultaneamente, limitar na medida do possível a ocorrência de juízo valorativo sobre assuntos dessa natureza por parte do Poder Judiciário, quando exercido a pretexto de estar controlando a legalidade dos atos da Administração Pública. Assim entendido, o Decreto tem o mérito de realçar a prerrogativa do gestor sobre políticas públicas, diante da sua *expertise* técnica e legitimidade democrática, sem ter a pretensão de enfraquecer o controle judicial de legalidade. Em outras palavras, a deferência veiculada no arco normativo composto do art. 22 da LINDB e do art. 13 do Decreto Federal n. 9.830/2019 “separa o que é controle do que é gestão pública” (MEDEIROS, 2020, p. 216).

Pode-se, também, argumentar que a própria separação constitucional de Poderes (art. 2º) serve de fundamento geral para a aplicação do princípio da deferência, ainda que dela por si só não se extraia uma consequência jurídica específica de autocontenção judicial diante da realidade do gestor público – que é o caso do *caput* e do § 1º do art. 22 da LINDB e do art. 13 do Decreto Federal n. 9.830/2019.

Caso se entenda a separação de poderes como uma medida garantidora de especialização funcional, como já referido, ver-se-á no princípio da deferência uma ferramenta capaz de assegurar que o Poder Executivo tenha segurança e prevalência na tomada de decisões para as quais ele foi estruturado, condizentes com a sua especialização funcional e suas características, que o diferenciam dos demais Poderes (*expertise* técnica e legitimidade democrática). Nesse mesmo sentido, se deferência equivale a autocontenção judicial, significa que o Poder Judiciário deixará de emitir, na medida do possível, juízos de valor sobre matérias estranhas ao seu conhecimento técnico-jurídico. Em um cenário ideal, ao Poder Judiciário caberá exercer a sua *expertise* própria no controle judicial de atos administrativos por meio do exame de legalidade/razoabilidade da decisão, e abster-se de, invocando termos abertos, controlar o acerto ou o desacerto do gestor público em termos de eleição de prioridades políticas.

Em outro sentido, a própria ideia de discricionariedade decorre da separação de poderes e, por isso, corrobora a aplicação da deferência à Administração Pública. Em tese, um Poder

está proibido de invadir a discricionariedade do outro (STRECK e OLIVEIRA, 2013, p. 145). Por essa lógica, quando o Poder Legislativo não exaure por completo a sua zona de discricionariedade e edita uma lei que a desloca para o Poder Executivo, constituindo legítima competência discricionária administrativa, o gestor público pode exercê-la de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.²¹ A rigor, se o Poder Judiciário invadir essa zona, estará desrespeitando o comando do Poder Legislativo, que delegou discricionariedade ao gestor público, e o Poder Executivo, titular da competência discricionária. Nesse sentido, de acordo com as lições mais clássicas, existe discricionariedade quando a lei admite mais de uma solução administrativa válida, e cabe ao Poder Judiciário apenas avaliar a razoabilidade da decisão discricionária (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 993),²² preceito que, se levado a sério, se aproxima muito dos dois passos de Chevron.

2. O CONTROLE DOS ATOS DOS PROCONS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Vê-se um número cada vez mais frequente de investigações empíricas que propõem analisar o fenômeno da deferência judicial à Administração Pública. Por exemplo, os estudos promovidos sobre o controle judicial dos atos da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (JORDÃO e CABRAL JR., 2018), sobre atos das agências reguladoras em geral na jurisprudência brasileira (WANG, PALMA e COLOMBO, 2010), no Supremo Tribunal Federal (JORDÃO, REIS e CABRAL JR., 2020) e mesmo no Tribunal de Contas da União (MARQUES NETO *et al.*, 2019). No entanto, na presente investigação, propõe-se pesquisar o controle sobre uma modalidade de atuação usual da Administração Pública,

•••

21 A explicação fornecida por Miguel Seabra Fagundes em 1951 joga uma luz sobre o papel da discricionariedade na separação dos Poderes: “Sendo a discricção do legislador a mais ampla em conteúdo e a primeira a manifestar-se, cronologicamente, no *processus* da expressão da vontade do Estado, a discricção reservada ao administrador e ao juiz pode dizer-se, em certo sentido, residual. Exerce-se no que não tenha sido regulado pela lei. [...] O que acontece, porém, nos casos de competência vinculada – faz-se oportunidade repetir – é que a lei (fase primária do *processus* de realização do direito) exaure a margem de opção própria do exercício da atividade jurídica do Estado, deixando circunscrito o ato administrativo (fase secundária daquele *processus*) a estritos limites, sem ensejo para cogitações sobre o útil, o justo, o certo, etc. O aspecto de conveniência, de oportunidade, de eficácia, em suma, para usar da terminologia do ilustre autor, foi exaurido pelo legislador. Nada se deixou ao administrador quanto a ele. Não assim se discricionário o ato administrativo, pois aqui se confia à Administração, pela liberdade outorgada aos seus movimentos, aferir da utilidade ou eficácia, maior ou menor, do procedimento estatal em sua fase derradeira” (FAGUNDES, 1951, p. 11, grifo do autor).

22 De similar concepção, Meirelles (2016, p. 847).

em que a complexidade e a tecnicidade do assunto tratado não justificariam, em tese, uma postura deferencial por parte dos tribunais, como intuitivamente o faria a atividade técnica de regulação. A análise do comportamento do Judiciário diante de um assunto corriqueiro, relativamente simples, pode melhor revelar uma autêntica conduta ativista ou contida.

No Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, as administrações públicas federais, estaduais e municipais possuem atribuição para fiscalizar e controlar o mercado de consumo (§ 1º do art. 55 da Lei n. 8.078/1990). Com base nessa previsão, estados e municípios costumam criar estruturas administrativas próprias (usualmente chamadas de Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon) encarregadas do exercício do poder de polícia e dotadas de capacidade sancionatória diante da prática de ilícitos administrativos nessa matéria.²³ A tipificação das condutas vedadas é, em muitos casos, aberta, e a legislação confere alto grau de discricionariedade ao agente administrativo para gradação das sanções.

O ato dos Procons que decide pela aplicação de sanção administrativa é conflituoso por sua própria natureza. Por provocar uma situação desfavorável ao fiscalizado, é normalmente recebido com resistência, o que dá azo, recorrentemente, à provocação do Judiciário para reexame do ato administrativo.

A presente análise envolve, portanto, decisões judiciais que revisam os atos praticados pelos Procons municipais e estadual no exercício de sua potestade sancionatória, submetidas à jurisdição do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Trata-se, usualmente, da pretensão judicial de anulação ou alteração de ato de aplicação de sanção administrativa (multa) editado pelos Procons.

No “Portal da Jurisprudência” do sítio eletrônico do TJSC foi realizada busca para os termos “multa”, “Procon” e “ato administrativo”. O período selecionado para avaliação foram os acórdãos prolatados entre setembro de 2009 e setembro de 2019, de todas as cinco Câmaras de Direito Público que compõem o Tribunal. O resultado dos filtros indicou 190 ocorrências. Destas, foram excluídos da análise os acórdãos que, por razões processuais (tempestividade, deserção, etc.), não enfrentaram o mérito da causa. Os acórdãos de agravos de instrumento e mandados de segurança também foram desconsiderados em razão de sua precariedade e das limitações processuais a eles inerentes. Isso porque os *writs* julgados não iam a fundo no mérito dos casos e eram marcados por discussões essencialmente processuais, de modo que a sua consideração na coleta de dados poderia distorcer o resultado final. Para a presente pesquisa, então, foram analisados os 165 acórdãos restantes.

...

23 Os arts. 55, 56, 57 e 105 do Código de Defesa do Consumidor, assim como os incisos III e IV do art. 4º, art. 5º e inciso I, § 2º, do art. 18 do Decreto Federal n. 2.181/1997, autorizam o Procon em níveis estadual e municipal a julgar irregularidades e a aplicar sanções administrativas diante de violações de direitos do consumidor.

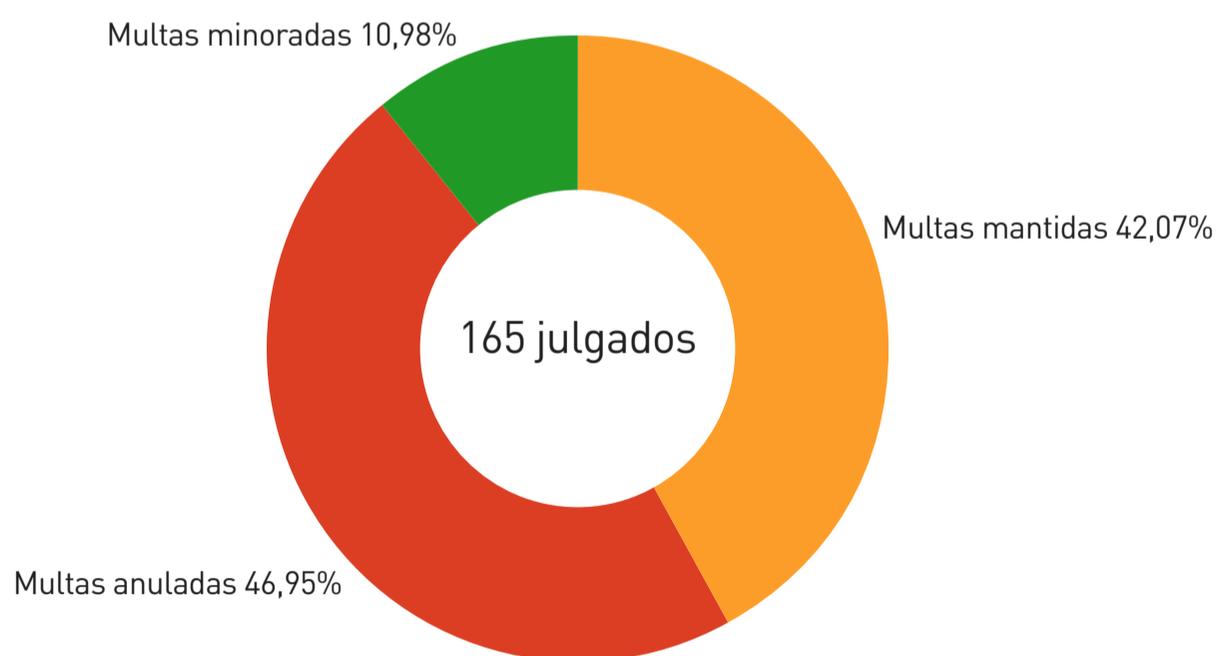
Os resultados foram categorizados em função das seguintes variáveis principais: (i) resultado final (anulação, minoração ou manutenção da decisão administrativa); (ii) argumentos indicados como *fundamentação* dos acórdãos (os argumentos preponderantes e centrais para a argumentação da decisão judicial, eventualmente concatenados com fundamentos secundários); (iii) câmara julgadora.

Recorda-se que um dos escopos da presente pesquisa, como mencionado, é identificar se há padrão objetivamente deduzível da jurisprudência do TJSC acerca dos limites e do perfil do controle judicial dos atos administrativos. A cogitação inicial era de que o Tribunal decide de forma distinta diante de casos semelhantes, de maneira ora ativista, ora mais deferente à Administração Pública, sem que haja um padrão de comportamento previsível. A análise dos dados confirma, em alguma medida, a hipótese inicial.

2.1. ATOS ANULADOS, MINORADOS E MANTIDOS

Dos 165 julgados analisados, 46,95% das multas foram anuladas, 42,07% mantidas e 10,98% minoradas. Se forem somadas as multas anuladas e minoradas, deduz-se que 57,93% dos casos representaram algum tipo de intervenção do Poder Judiciário na decisão administrativa (Gráfico 1). Em números absolutos, há prevalência da revisão judicial dos atos dos Procons em relação à sua manutenção.

GRÁFICO 1 – MULTAS ANULADAS, MINORADAS E MANTIDAS



Fonte: Elaboração própria, a partir de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do TJSC.

Esses números não indicam, necessariamente, uma conduta mais ativista ou deferente do TJSC, uma vez que as decisões administrativas revistas poderiam, efetivamente, ter incorrido em alguma sorte de ilegalidade ou irrazoabilidade que justificasse ou legitimasse, mesmo sob a perspectiva da ideia de deferência da doutrina Chevron, o controle judicial. Nesse particular, cabe lembrar que uma postura judicial deferente não abdica do controle de legalidade e razoabilidade do ato administrativo, que compõe, respectivamente, o primeiro e o segundo passos da doutrina Chevron.

Inversamente, tivesse o TJSC decidido majoritariamente pela manutenção das decisões administrativas, a conclusão possivelmente seria no sentido do reconhecimento de um perfil deferente do Tribunal à Administração Pública nessa seara, independentemente dos fundamentos utilizados nos acórdãos.

Daí a primeira conclusão que se pode extrair: o fato de que quase dois terços dos casos julgados resultaram em alteração da decisão administrativa revela, pelo menos, a tendência a um perfil mais ativista do Judiciário e menos deferente à Administração Pública.

Em qualquer caso, os números sugerem que o litigante – seja o Procon na condição de réu, sejam os particulares na condição de autores – não tem como antever, com alguma sorte de precisão razoável, o resultado de eventual litígio judicial, pelo menos sob a perspectiva dos limites do controle judicial nessa seara.

2.2. DISPARIDADES INTERNAS ENTRE AS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

A análise dos acórdãos indica acentuada oscilação daquilo que se chama, no presente artigo, de “taxa de manutenção das decisões administrativas” em cada câmara. Há, por assim dizer, certa disparidade intercâmaras no perfil de intervenção judicial na Administração Pública (Tabela 1).

TABELA 1 – **RESULTADOS POR CÂMARA JULGADORA DO TJSC EM RELAÇÃO A MULTAS MANTIDAS**

CÂMARAS	MULTAS MANTIDAS	NÚMERO DE CASOS	ARGUMENTO MAIS UTILIZADO PARA MULTAS NÃO MANTIDAS
1ª CÂMARA	37,50%	56	RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE
2ª CÂMARA	31,58%	38	RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE
3ª CÂMARA	70,97%	31	RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE
4ª CÂMARA	20,83%	24	RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE
5ª CÂMARA	68,75%	16	DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Fonte: Elaboração própria, a partir de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do TJSC.

Na Quarta Câmara de Direito Público, apenas 20,83% das multas judicializadas foram mantidas. Esse percentual é reputado neste estudo como de “alta intervenção”. A Primeira e a Segunda Câmaras de Direito Público mantiveram, respectivamente, 37,50% e 31,58% das multas aplicadas pelos Procons, o que denota um padrão “médio de intervenção”. A Terceira e a Quinta Câmaras de Direito Público, respectivamente, mantiveram 70,97% e 68,75% das multas, o que revela um perfil de “baixa intervenção”.

Para deduzir alguma consistência ou coerência entre as câmaras nesse cenário diante desses números, seria necessário, por um lado, supor que a Quarta Câmara de Direito Público houvesse recebido um número maior de processos em que os atos administrativos impugnados contivessem, efetivamente, vícios de legalidade ou decisões irrazoáveis. Por outro lado, seria necessário também supor que a Terceira e a Quinta Câmaras de Direito Público tivessem recebido processos que impugnavam atos administrativos com menos vícios de legalidade e com decisões mais razoáveis. A disparidade é tamanha (na Quarta Câmara só um quinto dos atos administrativos foram mantidos; na Terceira Câmara, mais de três quintos foram mantidos) que essa possibilidade se mostra praticamente inverossímil.

A discrepância de desempenho entre as cinco Câmaras de Direito Público do Tribunal sugere, portanto, relevante aleatoriedade na jurisprudência do TJSC em matéria de controle da Administração Pública. Na melhor das hipóteses, os números indicam que o Tribunal de Justiça pode estar falhando, nesse aspecto, na sua função de estabilização da jurisprudência.

Em qualquer caso, a ausência de um padrão claro, previsível, de comportamento da função de controle judicial da Administração Pública impede que o jurisdicionado conte integralmente com os precedentes judiciais como elemento de segurança jurídica para pautar sua conduta, pelo menos sem que sejam consultados, um a um, os fundamentos jurídicos dos acórdãos.

2.3. A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DOS ACÓRDÃOS

Em linhas gerais, os argumentos mais recorrentes utilizados como fundamentação nos acórdãos foram os seguintes:

(i) Razoabilidade e proporcionalidade: argumento utilizado preponderantemente para redução ou anulação de multas administrativas.

(ii) Abuso do poder de polícia: usualmente diante do desvio de finalidade do ato administrativo de aplicação de multa ou em virtude do reconhecimento da falta de competência legal da autoridade que aplicou a sanção.

(iii) Violação ao devido processo legal: inobservância de regras formais de direito de defesa dos particulares, o que acarreta nulidade do ato sancionatório.

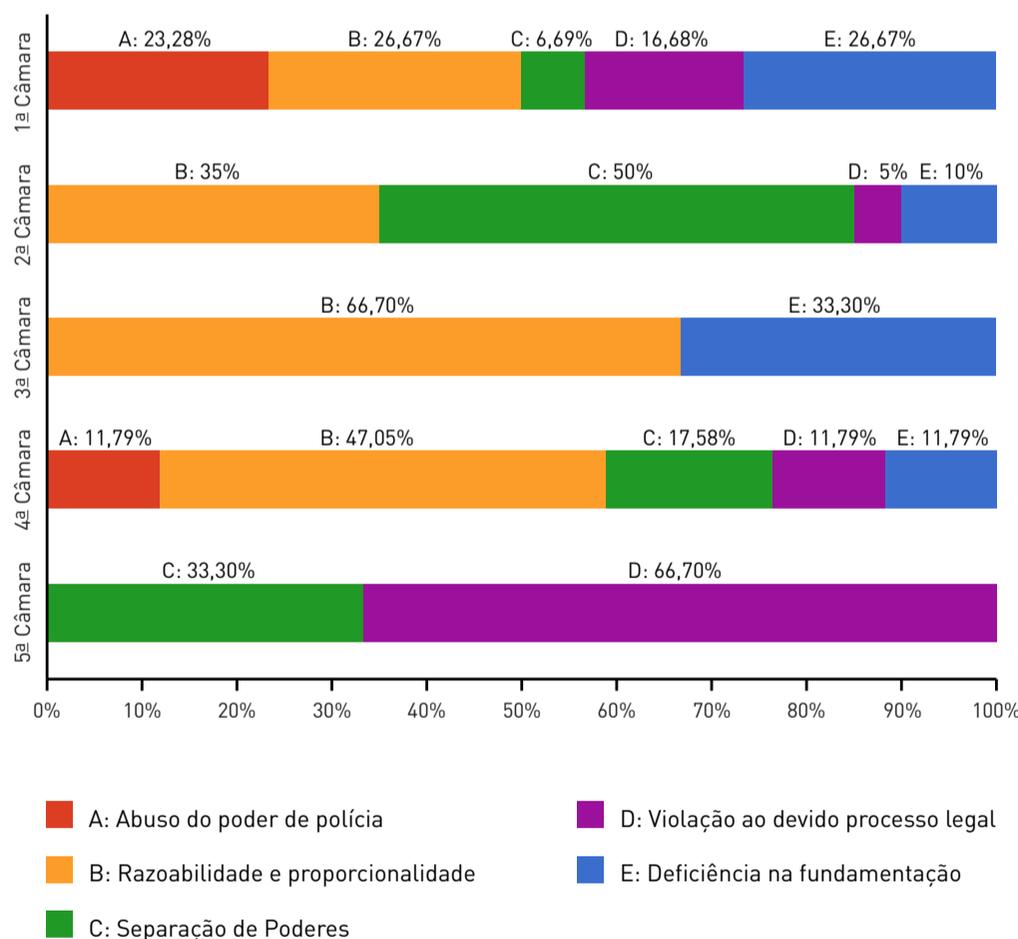
(iv) Separação de poderes: usurpação de prerrogativa do Poder Judiciário por parte dos Procons ao aplicar multa em litígio individual, *inter partes*, e não coletivo, o que caracteriza exercício de jurisdição. Segundo esse entendimento, que por considerável tempo vigorou no TJSC, a resolução de litígios individuais seria prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário,

de modo que os Procons não deteriam competência para aplicar multas (mesmo que administrativas) em casos que não se tratassem de demandas coletivas, sob pena de violação à separação de poderes.²⁴ Posteriormente, esse entendimento foi em parte superado, a partir de 2017, com a adoção da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a legitimidade dos Procons para aplicar multas administrativas em reclamações individuais.

(v) Deficiência na fundamentação: vício de motivação causado por ausência de indicação de dispositivos que pudessem fundamentar a aplicação de multa e por identificação de incoerências na fundamentação do ato sancionatório.

A análise detida da fundamentação aportada nos acórdãos revela que, para cada uma das câmaras julgadoras, há uma distinta prevalência de argumentos jurídicos para motivar a decisão de anulação das multas dos Procons (Gráfico 2). Essa constatação chamar-se-á de “oscilação jurisprudencial intercâmaras”.

GRÁFICO 2 – PERCENTUAL DE FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA EM CASO DE MULTAS ANULADAS POR CÂMARA JULGADORA DO TJSC



Fonte: Elaboração própria, a partir de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do TJSC.

24 A título de exemplo, colhe-se o seguinte excerto: “[...] o Procon agiu fora dos limites que a lei lhe impôs, invadindo a seara do Poder Estatal atribuída ao Poder Judiciário, a quem compete decidir se a prestação

Na Primeira Câmara de Direito Público, prevalece o recurso ao argumento da razoabilidade/proporcionalidade (26,67%), mas em uma proporção idêntica ao da deficiência na fundamentação (26,67%) e similar ao abuso do poder de polícia (23,28%). Já a separação de poderes é quase inexpressiva nessa Câmara, representa 6,69% dos julgados. Os distintos fundamentos, na Primeira Câmara de Direito Público, são mais ou menos equilibrados.

Na Segunda Câmara de Direito Público, a disparidade chama a atenção na medida em que a metade dos principais argumentos utilizados nos acórdãos é a separação de poderes (50%), seguido da razoabilidade/proporcionalidade (35%).

Na Terceira Câmara de Direito Público, o recurso à razoabilidade/proporcionalidade para anular multas salta para 66,70%, ao passo que o princípio da separação de poderes não foi identificado nem sequer uma única vez (0,00%). Nesse particular, a Terceira Câmara de Direito Público parece mais rigorosa em termos de controle da motivação do ato administrativo, representativo de 33,30% dos julgados.

A Quarta Câmara de Direito Público segue um padrão de notável proeminência da razoabilidade/proporcionalidade (47,05%), seguida da separação de poderes (17,58%) e, em uma proporção idêntica, dos argumentos da deficiência na fundamentação, abuso do poder de polícia e devido processo legal somados (11,79% cada).

Na Quinta Câmara de Direito Público, vê-se um padrão decisório totalmente diferente dos demais. Ali, 66,70% dos julgados que anularam multas assim o fizeram por terem alegado controle do devido processo legal. Em seguida, aparece o uso da separação de poderes, com 33,30%. O argumento da razoabilidade/proporcionalidade, tão proeminente nas demais câmaras, não foi identificado (0,00%), tampouco os da deficiência na fundamentação e do abuso do poder de polícia.

Nesse caso, a ausência de padrão decisório somada a uma diferença tão desproporcional de uso de argumentos distintos para anular atos administrativos sugere, novamente, que o jurisdicionado está sujeito à aleatoriedade do Tribunal em termos de posicionamento sobre o controle judicial da Administração Pública. Essencialmente, as chances de êxito de alguma das partes dependem, de forma preponderante, da câmara julgadora a que o recurso será distribuído.

2.3.1. ANÁLISE PARTICULARIZADA SOBRE OS ARGUMENTOS DA RAZOABILIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES

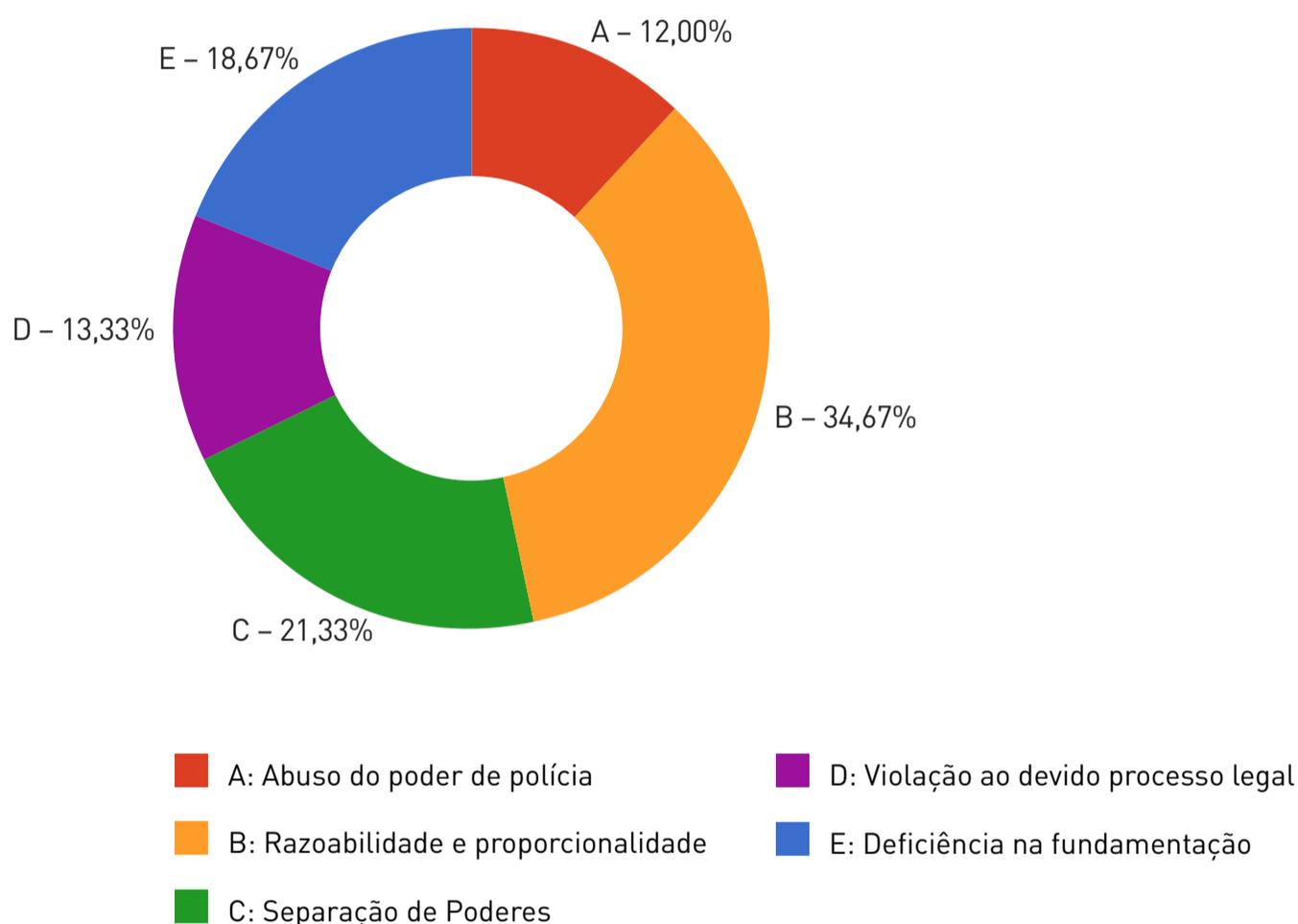
Em termos de argumentação, de modo geral o TJSC recorre, preponderantemente, aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade para minorar multas administrativas.

...

dos serviços *inter partes* foi legal ou ilegal, lembrando-se que a solução da lide mediante a imposição de uma decisão coativa é prerrogativa exclusiva da jurisdição” (BRASIL, 2016a).

A mesma homogeneidade não é identificada nos casos de anulação das sanções (Gráfico 3). Os argumentos para tanto variam entre razoabilidade/proporcionalidade (34,67%), separação de poderes (21,33%), abuso do poder de polícia (12,00%), deficiência na fundamentação (18,67%) e violação ao devido processo legal (13,33%).

GRÁFICO 3 – **PERCENTUAL DE FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA EM CASOS DE MULTAS ANULADAS**



Fonte: Elaboração própria, a partir de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do TJSC.

Mesmo nesses casos de anulação é possível confirmar a proeminência do recurso aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade, que representa um terço de todos os julgados. No entanto, também chama atenção o uso da ideia de separação de poderes, segundo argumento mais utilizado. Somados, razoabilidade/proporcionalidade e separação de poderes, doravante chamados de “conceitos indeterminados”, são representativos de mais da metade dos julgados.

Dessa categorização é possível inferir importantes considerações. Por um lado, os argumentos minoritários – deficiência na fundamentação, abuso do poder de polícia e violação ao devido processo legal – são todos atinentes a aspectos de legalidade do ato administrativo

(doravante chamados de “legalidade estrita”). Exigem normalmente uma avaliação detida do arcabouço probatório para serem aplicados ao caso concreto.

Por outro lado, os argumentos de conceitos indeterminados são, por sua própria natureza, enunciados abertos que permitem ao julgador maior elasticidade quando for fundamentar a decisão judicial. A facilidade com que esses *standards* podem ser invocados genericamente é muito maior se comparada aos argumentos de legalidade estrita.

O uso de conceitos indeterminados para fundamentar as decisões em sede de controle é, inequivocamente, caminho mais fácil para motivar as aludidas decisões, porque dispensa a análise minuciosa do conjunto probatório e permite que o controlador simplesmente substitua o juízo do agente administrativo pelo seu próprio, ao argumento de esse último estar supostamente alinhado às aludidas categorias indeterminadas. O ponto principal é que esse recurso traz consigo potenciais problemas, porque eles podem, em tese, fundamentar decisões para quaisquer dos lados.

O caso do princípio da razoabilidade é emblemático. Ao mesmo tempo em que a doutrina Chevron de deferência contempla um controle de razoabilidade, previsto no segundo passo, também é verdade que esse parâmetro pode ser utilizado para a elaboração de uma decisão ativista contra a Administração Pública, diante da sua abertura semântica. Não é de hoje que a doutrina critica o uso da razoabilidade como um cânone que tudo justifica. Perceba-se, contudo, que na doutrina Chevron não se advoga o recurso à razoabilidade para substituir a decisão administrativa pela opção do Judiciário, mas justamente o inverso, para preservar a decisão administrativa ainda que a opção do juiz fosse diferente.

A ideia da separação de poderes também pode justificar uma decisão tanto deferente quanto não deferente. Como dito, a separação de poderes pode ser entendida como um fundamento geral da deferência, a partir da noção de que cada Poder é constituído de maneira a executar uma atividade especializada, de modo que os demais devem evitar ao máximo invadir essas esferas específicas de competência, que compõem um exercício legítimo de discricionariedade. Por outro lado, o TJSC usou justamente da separação de poderes para afirmar o contrário, que a Administração Pública não teria poderes para resolver litígios individuais na esfera administrativa, por ser essa uma competência do Poder Judiciário.

Abre-se um parêntese para registrar que esse uso da separação de poderes colide com uma das principais ideias subjacentes à doutrina de deferência e capacidades institucionais, que é o fundamento segundo o qual o Poder Executivo pode, em alguns casos, dizer como a lei se aplica – ainda que submetido, insista-se, ao controle judicial. Em casos nos quais a decisão dependa de análises políticas ou técnicas, que fogem à *expertise* do Poder Judiciário, é desejável que haja deferência. No caso dos Procons, os órgãos são pretensamente especializados, estruturados tecnicamente para receber, tratar e resolver casos de natureza consumerista. Chama atenção, portanto, que um fundamento que poderia ter conduzido a um comportamento judicial deferente tenha resultado justamente na negação da capacidade institucional dos Procons. Fecha-se o parêntese.

O ponto, como dito, é que o uso de conceitos indeterminados – razoabilidade/proporcionalidade e separação de poderes – é tão amplo que pode justificar decisões tanto deferentes como não deferentes. A presente pesquisa não analisou caso a caso os processos e as particularidades dentro das quais os princípios foram utilizados. No entanto, pela frequência que ocorreram, é possível inferir a propensão do TJSC de preferir o uso de princípios, de conceitos jurídicos abertos e indeterminados, para anular as multas aplicadas pelo Procon. Isso denota haver um padrão decisório do uso de mecanismos típicos de um perfil ativista pelo Tribunal. Recordar-se que, na esteira dos fundamentos teóricos expostos na seção 1.1, em linhas gerais o ativismo judicial pode ser entendido como o uso de ferramentas interpretativas fluidas para legitimar a intervenção sobre a atividade típica de outro Poder.

Nada obstante, a ampla prevalência do argumento da razoabilidade/proporcionalidade sobre os demais sugere que, apesar de poder indicar um padrão ativista, a jurisprudência do TJSC nesse particular é relativamente estável. Enfatiza-se o “relativamente” pois, como visto, esse parâmetro muda para cada câmara julgadora. De todo modo, o ponto é que, em geral, esse é o fundamento dominante (34,67%), o “argumento vencedor” na Primeira, na Terceira e na Quarta Câmaras de Direito Público, o segundo mais utilizado na Segunda Câmara, além de ser maioria absoluta nos casos de multas minoradas.

2.3.2. O EXEMPLO DE SITUAÇÃO PARADOXAL PROVOCADA PELA FUNDAMENTAÇÃO ESCORADA EM CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

O recurso a conceitos jurídicos indeterminados para fundamentar decisões de controle dos atos administrativos pode ser fator causador de elevada insegurança jurídica. Um exemplo pode ser didático para mostrar como o princípio da razoabilidade é utilizado para produzir decisões distintas em casos semelhantes, dentro da mesma câmara julgadora, na mesma sessão de julgamento.²⁵

Na Apelação Cível n. 0311991-60.2015.8.24.0023, julgada pela Terceira Câmara de Direito Público em 13 de setembro de 2016, discutia-se a aplicação de multa contra empresa que vendeu um celular eivado de vício. O aparelho, que custou ao consumidor R\$ 1.774,00, foi submetido à assistência técnica da empresa em mais de uma ocasião, sem sucesso. Diante disso, o Procon entendeu que a empresa teria se omitido no dever de solucionar a irregularidade em favor do consumidor. Ao final do processo administrativo, foi aplicada contra a empresa uma multa de R\$ 30.000,00. A Terceira Câmara de Direito Público considerou que o valor da multa era razoável e manteve o ato administrativo (BRASIL, 2016b).

...

²⁵ Adverte-se que a seleção de dois entre 165 julgados pode acarretar uma falsa impressão da realidade, o chamado *cherry picking*. O exemplo é trazido apenas para ilustrar o potencial problema advindo do uso de conceitos jurídicos indeterminados para fundamentar o controle judicial sobre a Administração Pública.

Na Apelação Cível n. 0500114-42.2011.8.24.0036 (BRASIL, 2016c), também julgada pela Terceira Câmara de Direito Público na mesma sessão de 13 de setembro de 2016, discutia-se uma multa aplicada contra empresa que vendeu um *palm* eivado de vício. O aparelho foi submetido à assistência técnica da empresa, porém sem sucesso. Diante disso, o Procon entendeu que a empresa teria se omitido no dever de solucionar a irregularidade em favor do consumidor. Ao final do processo administrativo, foi aplicada uma multa de R\$ 33.847,33. No entanto, nesse caso, a Terceira Câmara de Direito Público considerou que o valor não era razoável, tomando como referência o preço do *palm* (R\$ 1.000,00). Diante disso, aplicando o princípio da razoabilidade, o montante foi reduzido para R\$ 5.000,00.

Os dois casos são praticamente idênticos, assim como os valores envolvidos, em relação tanto ao custo dos produtos adquiridos pelos consumidores quanto ao montante fixado a título de multa administrativa. No entanto, ao passo que no primeiro caso a decisão foi de que o valor da sanção pecuniária era condizente com o princípio da razoabilidade, no segundo, entendeu-se que a fixação de multa naquele mesmo patamar violava o mesmo princípio, o que fundamentou a redução do valor da multa em 85,2%.

O exemplo confirma que o recurso meramente retórico, pelo TJSC, à ideia de proporcionalidade/razoabilidade para minorar ou anular multas administrativas distancia-se, de forma significativa, do segundo passo da doutrina Chevron, em que o exame de razoabilidade serviria justamente para embasar comportamento contrário, de manutenção da decisão administrativa mesmo que a autoridade judicial discordasse de seu mérito.

CONCLUSÃO

Do total de decisões administrativas dos Procons impugnadas no período que foram avaliadas pelo TJSC em sede de recurso, aproximadamente dois terços foram revistos (anulados ou minorados) pelo Judiciário. O número absoluto não revela, necessariamente, um perfil ativista do Tribunal, haja vista que a ideia de deferência ainda admite controle sob a ótica da legalidade e razoabilidade. Na percepção dos autores deste estudo, os números revelam, pelo menos, uma tendência a um perfil mais ativista do Judiciário e menos deferente à Administração Pública (tendência essa que seria inexistente se o número total de decisões administrativas anuladas ou minoradas fosse menor que o número total de decisões mantidas).

A grande oscilação entre as Câmaras de Direito Público do TJSC acerca dos fundamentos recorrentemente utilizados para fundamentar a decisão de controle sugere expressiva aleatoriedade. O Tribunal pode decidir de forma distinta casos semelhantes, de maneira ora ativista, ora mais deferente à Administração Pública, sem que haja um padrão de comportamento previsível. É praticamente inviável predizer, antes da distribuição dos recursos, as chances do jurisdicionado a respeito do perfil do Tribunal sobre os limites e a extensão do controle judicial de atos administrativos nessa seara. Os dados indicam que o Tribunal de Justiça pode estar falhando, por isso, na sua função de estabilização da jurisprudência.

O recurso recorrente a conceitos jurídicos indeterminados para fundamentar decisões de controle judicial sobre atos administrativos revela um padrão decisório que faz uso de técnicas típicas de um perfil ativista. A elevada carga de indeterminação de algumas dessas categorias seria apta a justificar decisões para ambos os lados (pela manutenção ou revisão da decisão administrativa impugnada), o que também pode ser fator de insegurança jurídica.

O número elevado de decisões administrativas revistas pelo Tribunal, as acentuadas oscilações entre as Câmaras de Direito Público acerca do número de decisões administrativas mantidas e revistas, a expressiva ausência de uniformidade entre as mesmas câmaras no que toca aos fundamentos utilizados para a revisão judicial do ato administrativo e o recurso, majoritário, a conceitos jurídicos indeterminados como fundamentação para justificar a intervenção judicial induzem à conclusão de que o Tribunal de Justiça adota uma postura não deferente à Administração Pública nessa seara. Os dados revelam, ainda, a ausência de um padrão previsível sobre o comportamento do Tribunal no que toca aos limites e à extensão da atividade de controle judicial da Administração Pública.

Intui-se que essas características – postura não deferente do Judiciário e ausência de previsibilidade nas decisões – possam ocorrer no controle judicial de atos administrativos de outra natureza, erigidos sobre pressupostos similares.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) por propiciar uma bolsa de iniciação científica para o projeto de pesquisa que gerou este artigo.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-48.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 0300109-13.2015.8.24.0020*. Relator: Desembargador Paulo Ricardo Bruschi. Julgado em 09.12.2016a.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 0311991-60.2015.8.24.0023*. Relator: Desembargador Ronei Danielli. Julgado em 13.09.2016b.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 0500114-42.2011.8.24.0036*. Relator: Desembargador Júlio César Knoll. Julgado em 13.09.2016c.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2022.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O princípio da legalidade e o desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Comemorativa 2014, p. 149-155, dez. 2013.

CRETELLA JR., José. Teoria do ato de governo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 95, p. 73-84, jul./set. 1987.

CRETELLA JR., José. O mérito do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 79, p. 23-37, jun. 1965.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC*, 467 U.S. 837, 1984.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 1-16, mar. 1951.

FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 63-96.

FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009a.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009b.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, 31 jan. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 5 jun. 2020.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (org.). *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 27-62.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 217-262.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JR., Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à Agenersa. *REI – Revista Estudos Institucionais*, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018.

JORDÃO, Eduardo; REIS, Vinícius Cardoso; CABRAL JR., Renato Toledo. O controle das agências reguladoras federais no STF como instância recursal: um estudo empírico. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 122-155, dez. 2020.

LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 187-206, dez. 2013.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Democraticidade ou juridicidade? Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 161-180, maio/ago. 2016.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. A revisão judicial de decisões de agências regulatórias: jurisdição exclusiva? In: PRADO, Mariana Mota (org.). *O Judiciário e o estado regulador brasileiro*. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2016. p. 26-46.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 278, n. 2, p. 37-70, 2019.

MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração pública do medo. *Jota*, 9 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 5 jun. 2020.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

POSNER, Eric Andrew; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Nova York: Oxford University Press, 2010.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 231-253, jan./jun. 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 140-146.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Direito GV; Malheiros Editores, 2014.

SUNSTEIN, Cass. Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 2580-2610, 2006.

SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Nova York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. Law and Administration after Chevron. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, dez. 1990.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Public Law Research Paper*, Chicago, n. 156, p. 1-55, jul. 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr. 2020.

VALLINDER, Tobjorn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise de jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: FGV, 2010. p. 236-305. Versão digital.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

NIEBUHR, Pedro de Menezes *et al.*
Tribunais ativistas ou deferentes? O
que revela a análise da jurisprudência.
Revista Direito GV, São Paulo, v. 18, n. 3,
set./dez. 2022, e2237. [https://doi.org/
10.1590/2317-6172202237](https://doi.org/10.1590/2317-6172202237)

Pedro de Menezes Niebuhr

PROFESSOR DOS PROGRAMAS DE GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). DOUTOR EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL (PUC/RS), COM DOUTORADO SANDUÍCHE (CAPES) NA UNIVERSIDADE DE LISBOA. COORDENADOR DO GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PÚBLICO (GEDIP) DA UFSC. ADVOGADO.

pedro@mnadvocacia.com.br

Isaac Kofi Medeiros

PROFESSOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA (UNISUL). DOUTORANDO EM DIREITO DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). MEMBRO DO GRUPO DE PESQUISA EM CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO (GCONST) DA UFSC. ADVOGADO.

isaac@mnadvocacia.com.br

Thales Donato

GRADUANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). PESQUISADOR BOLSISTA DO PIBIC/CNPQ VINCULADO AO GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PÚBLICO (GEDIP) DA UFSC.

thales.donato@gmail.com

Eduarda Lückmann Pleticos

GRADUANDA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). PESQUISADORA VOLUNTÁRIA DO GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PÚBLICO (GEDIP) DA UFSC.

dudapleticos@gmail.com

1 Universidade Federal da Bahia,
Salvador, Bahia, Brazil
<https://orcid.org/0000-0002-0777-3642>

2 Universidade Federal da Bahia,
Salvador, Bahia, Brazil
<https://orcid.org/0000-0003-2447-5548>



TOWARDS ANOTHER COSMOPOLITANISM: TRANSNATIONAL ACTIVISM OF INDIGENOUS WOMEN IN LATIN AMERICA

POR UM OUTRO COSMOPOLITISMO: O ATIVISMO TRANSNACIONAL DE MULHERES INDÍGENAS
NA AMÉRICA LATINA

Denise Vitale¹ e Renata Nagamine²

Abstract

Throughout the 2000s, Indigenous women became leaders in the struggle of their peoples for their lands and rights. They began by occupying positions of power in local organizations and, more recently, gained prominence on the national, regional, and global levels. Brazilian Indigenous female leaders have followed the path established by other movements of the Indigenous women in Latin America and also have framed their human rights claims. Their proficiency in the language of human rights has allowed them to speak and to be heard in different arenas, such as in the rights of women and Indigenous peoples and also in the environmental aspect. This article is based on Seyla Benhabib's cosmopolitanism approach, particularly on her conception of democratic interactions with the aim to argue that, by using the human rights language in order to translate global norms into local contexts, Indigenous women have become mediators between the local, national and global levels. In addition, their cosmopolitanism lights up and pressures the traditional liberal cosmopolitanism at the same time. We propose a theoretical article with an empirical support which is resulted from a qualitative field research developed within the years of 2014-2018.

Keywords

Rights of women; rights of Indigenous peoples; cosmopolitanism; transnational activism; political theory.

Resumo

Ao longo dos anos 2000, as mulheres indígenas tornaram-se líderes na luta de seus povos por suas terras e direitos. Elas começaram ocupando posições de poder em organizações locais, e mais recentemente ganharam projeção nos níveis nacional, regional e global. Lideranças indígenas brasileiras seguiram o caminho aberto por outros movimentos indígenas latino-americanos e moldaram as próprias demandas por direitos humanos. Sua proficiência na língua dos direitos humanos lhes permitiu falarem e serem ouvidas em diferentes arenas, seja na dos direitos dos povos indígenas, seja na ambiental, seja na dos direitos das mulheres. Baseamo-nos, neste artigo, na abordagem de Seyla Benhabib do cosmopolitismo, em particular de seu conceito de iterações democráticas, para argumentar que, usando os direitos humanos para traduzir normas globais em contextos locais, as mulheres indígenas se constituem como mediadoras entre o local, o nacional e o global. Seu cosmopolitismo, ao mesmo tempo que ilumina, pressiona o capitalismo liberal. Trata-se de artigo teórico com embasamento empírico resultante de pesquisa de campo realizada entre os anos de 2014 e 2018.

Palavras-chave

Direitos das mulheres; direitos dos povos indígenas; cosmopolitismo; ativismo transnacional; teoria política.

INTRODUCTION

On the 9th of August 2021, the Articulation of Indigenous Peoples from Brazil (APIB) filled a statement before the International Criminal Court (ICC) and denounced Jair Bolsonaro for genocide and crimes against humanity. The organization requested the ICC prosecutor to examine the crimes perpetrated against Indigenous peoples by President Bolsonaro since the beginning of his term in January, 2019. It was the first time that Indigenous peoples stood before the ICC. Indigenous lawyers represented them before the court with significant participation of Indigenous women in the development of coalitions and in the gathering of support to the Indigenous litigation.

The rise of Indigenous women in the public leadership positions has been relevant to this process. In 2018, Joenia Wapichana (Rede Sustentabilidade political party) was the first Indigenous woman elected for the National Congress and Sonia Guajajara (PSOL), executive-coordinator of APIB since 2013, ran for vice-presidency that same year. She had gained national visibility in 2017 when Alicia Keys, a famous pop singer, feminist and environmentalist, called her onto the main stage of Rock in Rio while she was singing *Kill Your Mama*, a song about the destruction of the planet. Sonia stepped up wearing an Indigenous headdress and reported a federal bill that intended to legalize mining in an Amazonian reserve known as Renca (UOL, 2017). Gisele Bündchen, a Brazilian super model, also appeared onstage alongside Alicia Keys at Rock in Rio to defend the rights of the Amazonian Forest.

Sonia's appearance alongside Alicia Keys and Joenia's election is partly resulted from decades of the activism of Indigenous peoples in Brazil, especially their engagement in transnational campaigns in order to promote their rights as Indigenous and women, as well as their people's ecological concerns. From 2018 to 2022, President Bolsonaro's anti-environment, anti-gender and anti-Indigenous agenda unlocked new opportunities for their activism. They have promoted strong mobilization in the public sphere, from the Acampamento Terra Livre ("ATL" or *Free Land Camps*) to the March of Indigenous Women, as well as press and media interviews, protests and pressure for the implementation of the constitutional and international Indigenous rights (MACHADO, VITALE and RACHED, forthcoming).

This article analyzes the emergence of the activism of Indigenous women in Brazil from a cosmopolitan perspective. Its main argument is that the normative concept of cosmopolitanism (BENHABIB, 2006 and 2011) contributes to the understanding of the prominence of Indigenous women in the public sphere. The article aims to evidence how their prominence is connected to their role as mediators between the local level of their villages and the global level of the universal language they speak. Although postcolonial and cultural studies have devoted attention to the issues of Indigenous peoples and women, it is argued that these issues can also be conceptualized in terms of cosmopolitanism. Postcolonial and cultural studies have contributed to the understanding of the problem and to the academic literature by shedding light on what universalism has once obliterated. This article also tries to evidence how the analysis of the activism of Indigenous women can contribute to the discussion

of universalist approaches reflected on postcolonial settings. To encompass the contribution of these approaches to the (post)colonial challenges, the article will focus on Benhabib's input to the discussion on cosmopolitanism in general and also in the relationship between particularism and universalism. Benhabib's contribution sheds light on the democratizing potential of this process. As the Indigenous women mobilize universal frames and access international institutions, a coherent theoretical perspective may reconcile the tension between universal human rights and private identities.

The article is divided into three sections. The first, "Revisiting Cosmopolitanism," addresses the intricate relationship between particularism and universalism through the theoretical category "cosmopolitanism". The category entails a normative commitment, however, political players act regardless of theoretical concerns. Indigenous women are responsible for mobilizing heterogeneous resources crossed by local and global fragments in contemporary Brazil. Benhabib (2004, 2006 and 2012) approaches the phenomena through the category "democratic iterations," by arguing that, in democratic spheres, public opinion is shaped through the circulation of global norms appropriated in local contexts, where they gain particular meanings. The use of global norms in transnational processes involves reframing, empowering social agents and opening spaces for reshaping expressions along civic instead of ethnic lines (BENHABIB, 2006).

The second section, "Democratic Iterations in the Transnational Spaces of Indigenous Women," focuses on the development of the Movement of the Indigenous Women. It is especially based on a description of the experience of the Sarayaku's people from Ecuador. The section analyzes how the Movement of the Indigenous Women uses the language of universalism in different stages, from the Inter-American Human Rights System to the United Nations (UN) Climate and Biodiversity Conferences. The section evidences the importance of activists by acknowledging universal approaches and establishing international institutions.

Finally, the third section of the article, "Democratic Iterations in the Brazilian Indigenous Women Emerging Movement," analyzes how the movement has been shaped in Brazil as well as how Indigenous women have tried to act in the gaps of an asymmetric configuration in order to impose the Brazilian state to change its policy vis-à-vis Indigenous peoples. It strategically operates and deploys global venues and artifacts, which on the one hand, reinforces the legitimacy of UN channels, and on the other, strengthens the Indigenous movement itself. The national Indigenous movement has been contentious and targeted to neo-developmental policies of international judicial institutions, such as the Inter-American Court of Human Rights and the International Criminal Court (ICC).

Methodologically, the fourth section is based on documentary data collected on websites and mainly on YouTube between 2017 and 2018, as well as in fieldwork developed between 2014 and 2018 in Brasilia, Manaus, Salvador, as well as in New York, Geneva and Quito. This field research consisted of an active observation in formal and informal meetings, in addition to semi-structured interviews with Indigenous female leaderships, environmental leading

activists and international human rights law authoritative interpreters.¹ In 2018, one of us also participated in sessions of the Inter-American Commission of Human Rights concerning Indigenous rights in the United States of America. Overall, the fieldwork was aimed at collecting data which enabled us to have a clearer understanding of the Brazilian Indigenous movement from its early organizations in the beginning of 2000 until the elections of 2018, when it was addressed to more institutionalized approaches concerning the problems of the Indigenous peoples and women within a context of a shift to radical right-wing politics.

I. REVISITING COSMOPOLITANISM

Contemporary political theorists associate the category “cosmopolitanism” and its correlated “human rights” or “republic” with abstract rationality, to the transformation of original lands into territories without history and, eventually, to a history of uninterrupted progress built on colonial oppression. Historically speaking, these categories have indeed led to the generalization of abstractions, to the uprooting of the subject and to the obliteration of the human beings’ irremediable sociality.

Due to the liberal or Western tradition of thinking, it is possible to justify the validity of norms in terms of this abstract subject. Critical theorists of liberalism, such as Judith Butler (2009) and Nancy Fraser (1996) argue that the Western tradition of political thinking ignores power asymmetries and also contributes to perpetuating them. First, it hides the fact that some people participate in the establishment of laws which they must obey, while others are not entitled to do so. It results in heteronomous individuals who usually cannot criticize their own lack of autonomy. Although this sort of criticism is more common among non-liberal theorists, some liberal minds such as Hannah Arendt and Seyla Benhabib share the same opinion. Non-liberal critics of liberalism, such as Jürgen Habermas and Nancy Fraser remain faithful to the ideal of emancipation –understood as the autonomy in the context of interdependence. Their strategy is to identify and remove blockages, whereas for post-modern theorists such as Butler, it is believed that the field of power limits the potential for emancipation (BUTLER, 2009; CYFER, 2009).

...

1 The meetings took place at the I World Forum on Indigenous Issues held in the New York City, 2014, at the X Session on the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples in Geneva, 2017, as well as at the World Social Forum and the Indigenous in Salvador, 2018. The interviews were carried out with social-environmental and Indigenous NGO specialists, such as Confederation of Indigenous Organizations of the Amazon Basin (COICA), Confederation of Indigenous Organizations of the Brazilian Amazon (COIAB), Articulation of Indigenous Peoples of Brazil (APIB) and Socio-Environmental Institute (ISA), as well as with Indigenous women leaders, members of the UN Permanent Forum for Indigenous Issues and members of the UN Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples. The field research was partially supported by CNPq and Fapesb projects.

Normatively, the revival of the concept of cosmopolitanism has provided a significant lens through which it is feasible to evidence global complexities. Many scholars have made great efforts to analyze and reformulate Kant's original proposal of a cosmopolitan law and a cosmopolitan order developed in *Perpetual Peace* (KANT, 2006). Following the path settled by the Stoics on the Greco-Roman thinking, Kant develops the idea of "a citizen of the world" introducing a third type of law, the cosmopolitan law (*ius cosmopolitanicum*), which coexists with state (*ius civitatis*) and international law (*ius gentium*). He was inspired by Stoicism, especially by Cicero and Seneca, who argued that citizens dwelled two parallel communities: the Community of Birth, which is territorially bounded, and the Community of Humanity, which is ruled by the universal reason. Kant advocated a project of a cosmopolitan order based on a federation of states, all free and sovereign republics. States should coexist in this permanent alliance as in a "permanent congress," based on voluntary moral obligation (NUSSBAUM, 1997).

Habermas (1998) clarifies this notion in "Kant's Idea of Perpetual Peace: At Two Hundred Years Historical Remove", by evidencing that, when the *Perpetual Peace* was written in 1795, Kant could not predict a project of a constitutionally organized international community, on a legally binding basis, as the constitutional state was still the exception rather than the rule.

Based on Habermas's ideas, Benhabib presents consistent proposals to root and embody the individuals, while retaining the conditions for their emancipation, as well as justifying the universal validity of international human rights norms. Throughout the 1990s and the 2000s, Benhabib (1992, 1999, 2002, 2004 and 2006) addressed the idea of socially located individuals that emancipates themselves through action. She concedes that, although the individual is shaped by a community of belonging, the community and its social norms do not actually exhaust herself/himself (BENHABIB, 1992 and 1999): as the individual relates, acts and judges the others, including herself/himself (BENHABIB, 1992), she/he can strongly retain her/his autonomy. In *Situating the Self*, Benhabib (1992) formulates a double dimension of her narrative self in terms of a Concrete and Generalized Other. Concrete Others are those with whom the subject actually relates, and Generalized Others are those she imaginatively relates to, by evaluating norms from a moral perspective, i.e., from a universal point of view.

To envisage social change and understand difference without compromising the possibility of identity and the individual's capacity to judge herself/himself and others, Benhabib develops the idea that the individual has a moral and narrative dimension. Based on Arendt (1968 and 1998), Benhabib (1999) defines the narrative self in terms of a person's capacity to tell her/his own story, infusing speech and a meaningful deed, even if a different story is told each time. It does not really matter which story the individual is telling, as long as she/he is the only one who tells the story and relates it to the stories of others, weaving what she called a web of interlocutions (BENHABIB, 1992 and 1999). Drawing on Arendt and Habermas, Benhabib asserts that her individual is rational, however, in a dialogic manner.

She becomes a subject intersubjectively. The intersubjectivity characteristic of Benhabib's narrative self suggests a world of socio-cultural and legal norms. As the legal theorist Robert Cover (1983) evidences, the individual inhabits a normative world, which constrains the reproduction of certain behaviors, as well as the potential for social changes that support the growth of autonomy.

From the 2000s onwards, Benhabib (2004, 2006, 2009 and 2012) is mainly interested in the role of international legal norms in transnational activism, particularly in how international norms open new paths for action in national public spheres. Influenced by Keck and Sikkink's *Activists beyond Borders* (1998), Benhabib addresses the relationship between local, national, and international norms in the (re)constitution of the transnational. She claims that, mainly in the Americas and Europe, norms from institutions at different levels overlap. As they circulate throughout the globe in no apparent formal order, the interactions between national, international, and communitarian norms in local contexts are crossed by political, social, and cultural hierarchies. Such norms assume local meanings that are shaped by these hierarchies and the political action of non-state players. One result of the presence of global artifacts within national territories has been 'the disaggregation of citizenship', which is understood as the decentering of the national state as a primary reference for claims for social change. The displacement of the state results in its segregation from a myriad of political organs such as courts, prosecution services, and the establishment of a 'market of loyalties' in which citizenship can be a feature of particular affiliations. Another consequence has been a change of the terrain that individuals inhabit. Re-reading Cover (1983), Benhabib (2004 and 2006) argues that non-state and non-governmental players can interpret norms in ways that displace the interpretations of national and international institutions. Although those political players are not authorized interpreters of domestic or international legal norms, they can endorse their interpretations with legitimacy in the political process.

One way to approach the phenomenon Benhabib analyzes could be a discursive process involving intergovernmental, state and non-state players; a process informed by social, cultural, political and legal patterns. Considering that countries are historicized territories, reestablishing silenced voices allows for reinterpretation of their histories; as states interweaves jurisdiction and loyalty (APPADURAI, 1997), they open a space for jurisdictions and loyalties to realign. The multiplicity of overlapping jurisdictions in the same territory creates a large market of loyalties from which citizens of national states can select. Finally, although such process changes the standards for clearing the validity of national norms, it does not alter the validity conditions of moral discourses (BENHABIB, 2012). Based on Jacques Derrida, Benhabib (2004, 2006 and 2012) aims to conceptualize this issue with the category 'democratic iterations', as

complex processes of public argument, deliberation and exchange through which universalist rights claims are contested and contextualized, invoked and revoked, posited

and positioned throughout legal and political institutions as well as in the associations of civil society. In the process of repeating a term or a concept, we never simply produce a replica of the first intended usage or its original meaning: rather, every repetition is a form of variation. Every iteration transforms meaning, adds and enriches it in ever so-subtle ways. (BENHABIB, 2012, p. 34)

According to an ascending recent legal historiography (MOYN, 2010), human rights became a *lingua franca* during the 1970s. One consequence of their emergence as a frame for social action has been the actual interpretation of human rights in local contexts. This is a significant change. In such context, socially located individuals have appropriated and interpreted human rights along with other social norms. Benhabib (2004 and 2012) argues that contextualized interpretations of global norms change their meaning: just as reproducing a global norm in a local setting alters its meaning, it also changes the context where it is applied. Local appropriation therefore globalizes the local and contextualizes the global. Benhabib does not develop this idea, but it is obvious that when different players reproduce these norms in different settings, they produce different meanings. Similarly, repetition of an interpretation from an international institution in a local context, or from a national institution on national scale, may produce distinct meanings from those originally articulated in the international institution.

Do contextualized interpretations of universal human rights law mean that any interpretation is normatively acceptable? Benhabib responds that the validity conditions of moral discourses are the same as those used to justify democratic legitimacy. In short, the tensions around them will be resolved in the public sphere. This is an important point as non-state players have mobilized human rights in local contexts to overcome restrictions arising from applications of *local* social, moral, political or legal norms to the recognition of their humanity. Another feasible solution for this dilemma is to consider how human rights norms can prevent the *demos*' constitution from becoming an *ethnos*. To conclude, Benhabib proposes to consolidate the cosmopolitanism in human rights as moral rights that enable the criticism of power and, consequently, of the constitution of the *demos*. Her proposal is based on her analysis of the cosmopolitanism foundation, its social forms, the political players that shape it, the spaces of interactions, and the mediations between them. In the following sections the article introduces some intersubjective spaces resulted of the mediation of Indigenous women and analyzes their skillful mediation on behalf of both Indigenous movements and the blossoming Movement of the Indigenous Women in Brazil.

2. DEMOCRATIC ITERATIONS IN THE TRANSNATIONAL SPACES OF INDIGENOUS WOMEN

Studies on the participation of non-state players at the UN usually highlight the fact that the NGOs and social movements from the Global North are more numerous and better qualified

than those from the Global South (HELD *et al.*, 1999). In relation to the case of the Indigenous movement, the 1970s and 1980s registered a predominance of peoples from territories located in the Global North, in countries such as the U.S. and Canada, as well as Australia and New Zealand. However, from the 1980s onwards, Indigenous peoples from the Global South entered this *constituency*. Since then, their leaders have played an important role in transnational political processes. Amongst them, some women have been particularly prominent. Rigoberta Menchù, a Quiché-Mayan from Guatemala, and Patricia Gualinga, Kichwa from Sarayaku, Ecuador, are recognized by the international organizations and are global symbols of the struggle for Indigenous rights in Latin America.

The growing participation of the transnational Indigenous movement in UN processes during the 1980's set new spaces and emerging agendas, as well as reconfigurations which evidenced women claiming leadership positions. The previous two decades of UN meetings and conferences have been recorded as opportunities for interactions, negotiations, and collaborations that allowed Indigenous peoples to express exclusively regarding the Indigenous cause, without jeopardizing particular interests or preventing the establishment of new identities, such as those of Indigenous women and youths.

An autonomous *Indigenous space* (DAHL, 2012) began to be developed during the preparatory meetings of the former UN Human Rights Commission since the 2000s, before Human Rights Council meetings, as it was at sufficient distance from both the social constraints of their communities and the political repression of their national states. In this space, imaginary and real local claims and concerns can be concurrently reframed, relocated, and re-signified in the dialogue between distinct peoples in negotiations with their 'common oppressor', the '(neo)colonialisms.' It represents a new *locus* for action where identities, including a transnational Indigenous social movement, can be reproduced and created. It simultaneously recreate the particular identities of Indigenous peoples, who have put aside their status and became authors of rules that regulate their relations with the state (DAHL, 2012). In this intersubjective context, human rights are interpreted based on local experiences. This same process of reframing and re-signifying occurs in the local level, in a continuous flow. The bridges are built by social players who act as cultural mediators in the democratic iteration processes.

As a result of the opportunities provided by UN participation, delegations of Indigenous peoples, together with their developing leaderships, created a platform of action called The Global Indigenous Caucus. It was established in the 1980s and relied on the preparatory meetings of the Working Group on Indigenous Populations, the caucus has served as an informal space for debate about the interests and concerns of Indigenous peoples struggling to develop strategies and articulate consensus. The ability of caucus to promote consensus development, despite the diversity among Indigenous peoples, has rendered it their principal interlocutor with the UN agencies. Its heterogeneous composition lead to regional caucuses, such as the one for Latin America. The emergence of other interfaces prompted

the establishment of identity-based caucuses such as Global Indigenous Women and Global Indigenous Youth.

The increasing prominence of women in the transnational Indigenous movement must be emphasized. Although they are a minority in the UN system, and few play leadership roles in local Indigenous organizations, Indigenous women have taken an active part in several caucuses in UN agencies, gaining reputation for the quality of their leadership. Their rise within the transnational Indigenous movement is a phenomenon that demands explanation. Although women are designated guardians of Indigenous traditions, a key feature of Indigenous identity, poverty, as well as the substantial discrimination by being female and Indigenous exposes them to more violence and distress from sexual abuse, prostitution, trafficking, etc. The invisibility of their cause within Indigenous and non-Indigenous societies, even within the feminist movement, has rendered international visibility an important asset (DAHL, 2012).

The movement grew slowly throughout the 2000s. Gender was always an issue of concern in the Permanent Forum on Indigenous Issues, established in 2002, as it attracted more attention on special dates and commemorative years. In 2014, for instance, the UN Women and the United Nations Development Program (PNUD) organized several side-events during the I UN World Congress on Indigenous Peoples held in New York, ultimately adopting a joint agenda for Indigenous peoples and women. Besides this initiative, many civil society organizations have had overlapping agendas such as the Ford Foundation, the COICA, the Foro Internacional Mujeres Indígenas, created in 1995 during the Beijing Conference, the Just Associates (JASS), and the Women's Earth and Climate Action Network (WECAN International). Finally, in 2015, Goal Five of the 2030 Agenda for Sustainable Development reinforces gender equality as a crosscutting issue.

The practices of Latin-American Indigenous women's leaders have evidenced their work as cosmopolitan mediators (BENHABIB, 2006). One of the most recognized is Patricia Gualinga, a Kichwa leader of Sarayaku, who has obtained a landmark victory at the Inter-American System of Human Rights against Ecuador, in 2012. Due to the fight against a petrol project in Sarayaku's peoples land, Patricia Gualinga and other Indigenous women started a long and increasing trajectory through the international institutions. In 2017, at the Conference of the Parties of UNFCCC (COP 23) in Bonn, the Conference President spotlighted Gualinga, who was representing WECAN International. At the microphone, the Kichwa leader demonstrated great knowledge of the UN procedures and calmly spoke in an environment that she had once described as too formal (YOUTUBE, World Conference on Indigenous Peoples).

My name is Patricia Gualinga and I come from the Kichwa People of Sarayaku in the Ecuadorian Amazon.

Our peoples fight for Mother Earth. Governments and the private sector only distracts from the reality of climate change with their false solutions.

Climate change is not a business! Carbon markets, REDD + and geo-engineering are nothing but distractions and attempts to maintain the system.

We represent the grassroots communities and Indigenous peoples of the world and we have the real solutions. From the people of Sarayaku to Standing Rock, from the Ogoniland to Lancashire to the Ende Gelände movement here in Germany – we are all fighting against destruction and for a decent life.

We are fighting for Climate Justice! We must keep fossil fuels in the ground!

We demand a profound transformation of the energy system and no new extraction.

We demand a transition to a 100% safe renewable energy for everyone. We have had enough with the financing of fossil fuels and false solutions.

Our struggle is for life, for justice, for Mother Earth. For women, youth, our children and their children. For our future! (PATRICIA GUALINGA, 2017)

The powerful speech of Patricia Gualinga combines climate and development issues in a critique of a model of development and governance that “deploys false solutions to distract from the reality of climate change.” It both critiques and identifies solutions, such as a profound transformation in the energy system, a transition to “100% renewable energy for all”. Her speech identifies it as a matter of justice which grassroots movements and Indigenous peoples should embrace, while governments and the private sector support a model based on fossil fuel extraction, attacking life and the “mother Earth”. Her struggle for climate justice is presented as both a struggle against destruction and for a decent life for women, for youth, for “our children” and “their children”.

By deploying these elements, Gualinga’s speech clearly illustrates the cosmopolitanism of Indigenous women. Although it was presented at previous UN Conferences on Women, the Indigenous women’s identification within transnational feminism must have actually begun at the 1995 Beijing Conference, which also ratified the idea of mainstreaming a gender perspective (CHARLESWORTH, 2005). It meant to evidence the concern for gender equality an organizing principle of UN activities rather than an only complement.

In the 2000s, the Millennium Development Goals (MDGs) reinforced the notion that gender is a cross-cutting issue for policies and programs developed in the UN system. Since then, analysis of relations between gender, environment, human rights and development has been strengthened, whether by the action of international agencies and funds, or by the complexity of local problems in which these dimensions are interfaced, and challenged in their entirety. The UN, cooperation agencies and academia have considered Indigenous peoples as partners and stakeholders regarding climate issues and biodiversity. Therefore, Conferences of the Parties (COPs) continue to highlight the attention and efforts of Indigenous

peoples, either formally as a constituency evidencing their legitimate voice, or informally in the organization of the side-events and speeches to the world press.

Gualinga also appears as a cosmopolitan Indigenous in other areas. At the UN Conference, she introduces herself by her name: “my name is Patricia Gualinga”, then adds the name of her people, “the Kichwa people of Sarayaku”, who are located in the Ecuadorian Amazon. She thus appears, in a global arena, as an Indigenous woman from a huge forest situated in a peripheral country. She belongs to a group of Indigenous peoples of the Global South and is committed to global causes and ideas such as climate change, environmentalism and sustainability, and also demands renewable energies and defends women and children. As a set of abstract ideas about the relationships between humans and nature, they would be unrelated to Indigenous peoples (DESCOLA, 2015), although their compatibility legitimizes Indigenous voices in the public debate for environmental and development issues.

Although she lives in a world of nation states and the UN is a member state organization, it is impressive that Gualinga does not introduce herself as an Ecuadorian, or locate Sarayaku in Ecuador, but in the forest. The forest is Ecuadorian. Her ties of loyalty and belonging are woven with the Sarayaku Kichwa, which, as a result of colonialism, is within the jurisdiction of Ecuador. Gualinga formerly spoke of these intricate relations between the Sarayaku Kichwa and the Ecuadorian state: “We have our own system of government, our own worldview, and a very specific culture. We are not city-dwellers, but settled in the jungle, with houses of hollow logs and taipa, and sometimes open houses” (PATRICIA GUALINGA, 2013).

Gualinga’s own personal trajectory, likewise those of most members of Indigenous peoples, encompasses the rupture of loyalties and jurisdictions, which has been a source of tensions, disputes and acquisition of knowledge, once called by Benhabib as the disintegration of citizenship. In 2003, the Sarayaku Kichwa peoples sued Ecuador at the Inter-American Commission on Human Rights: they claimed for the right to be consulted, for the recognition of the rights of public lands, and for the rights of life, personal integrity as well as individual freedom.

Their complaint addressed the Ecuadorian state’s failure to protect Indigenous lands from the rising presence of employees and equipment of the consortium formed by Compañía General de Combustibles (CGC) and Petrolera Argentina San Jorge SA, partners of the Ecuadorian state-owned company Petroecuador. Another important claim in their petition has challenged the supposed strategic ignorance of the government regarding its obligation to consult Indigenous peoples, notwithstanding the International Labour Organization’s Convention 169, which demands free, prior and informed consent for projects in Indigenous lands. After exhausting all domestic recourses, the Sarayaku Kichwa collected sufficient material, personal resources, and international assistance to approach the Inter-American Human Rights System and also filed a claim against Ecuador. In 2010, the Commission approved the admissibility of the request and remitted the case to the Court, which granted the victory to the Kichwa in 2012 (Inter-American Court of Human Rights 2012).

Reporting the case in an interview,² an activist on human rights informant highlights it as a striking action in the history of her people, the Sarayaku women and some individuals in particular. She reports how the Sarayaku's Kichwa acquired knowledge and built networks in the political process of preparing the lawsuit against Ecuador, once assisted by international NGOs. A 'boy' who won a camera and a camcorder to record the helicopters of the Argentine oil company that broke up the blockade that the Indians imposed on the entry of its employees became a filmmaker. Our informant reported that women became 'experts in international law' in their effort to understand all the events and to provide international lawyers with the necessary information to substantiate the petition. Later, they formed a handicrafts association whose products are usually bought by people from all over the world.

As "experts in international law," these women learned about the norms and mechanics of the Inter-American System. They also mediated the Kichwa, international activists, and lawyers. Using Benhabib's concept of democratic iteration, it is possible to analyze this mediation. On the one hand, it enables the community to understand the meanings of alien norms. On the other, it helps activists and lawyers document the effects of certain practices on the community, described in terms of the Earth, group, nature, and persons. In this process, the Kichwa, particularly its women, are experiencing the process of emancipation. According to our informant, in addition to community decision-making, they experience a 'democracy' that opens new paths for action against the State. The success of the Kichwa women as mediators allow them to travel the world at the invitation of people from their network. They become cosmopolitan while remaining rooted in the Amazon, by independently exploring alternate networks.

4. DEMOCRATIC ITERATIONS IN THE BRAZILIAN INDIGENOUS WOMEN EMERGING MOVEMENT

In contrast to other Latin American countries, the Movement of the Indigenous Women has arisen in Brazil more recently. However, this national and local movement has been connected to multiple spaces, both formal and informal, mutually modified. The upsurge of the Movement of the Indigenous Women in Brazil can be better understood by considering political synergies among Indigenous peoples within the larger context of transnational relations.

Although the Indigenous women activism has been evidenced before, their activism has suddenly gained public expression and general scope with the adoption of a language that

...

² Interview to one of the authors during field research in Quito, Ecuador, on Feb. 2014.

larger audiences recognize as gender mainstreaming. Neither longstanding activists for Indigenous issues in Brazil, nor young women who participate in a rising Indigenous movement can explain how it has actually begun (MULHERES INDÍGENAS, 2014). Raiane, who is part of an Indigenous population of the Lower Amazon called Baré, points out:

There is a much bigger prominence, which is something that we often assess. There are faraway communities at São Gabriel da Cachoeira, for instance, where women used to go to the meetings to sit there and wait for their husbands, but they had no voice. Nowadays they go to meetings on their own. Sometimes their husbands cannot participate as they are out for hunt or on political trips, so the women represent them, right? So it is possible to realize how advances arise. Nobody can explain why it happened, as it is still a faraway community whose life is dependent on agriculture, fishing, etc. But it does gradually arise, and nobody understands where all this feminist revolution within the Negro river is derived from.³

The Indigenous issues called the attention of the Brazilian state, and the debate on Indigenous policies gained evidence in the public sphere as the Ministry of Justice created the National Foundation of the Indigenous (FUNAI) in 1967. During the 1970s and 1980s, few Indigenous women participated in spaces such as FUNAI, civil society organizations, international cooperation agencies (Oxfam, German Technical Cooperation, among others) or even in the National Congress (VERDUM, 2008). The first Indigenous women's associations emerged with the democratization and the promulgation of the 1988 Constitution. It included the Association of Indigenous Women of the Alto Rio Negro, the Association of Indigenous Women of Taracua, Uaupés e Tiquié, the Association of Indigenous Women Sateré Mawé and the Association of Indigenous Women of Roraima (SACCHI, 2003). Although it has originally focused on the promotion of income generating activities, the struggle over land and health rights, deforestation, tensions with financial institutions and governments have changed their initial mission into a more political one within the socio-environmental

...

3 Translated from the original version in Portuguese: “Há um protagonismo muito maior, que é uma coisa que a gente sempre vai avaliando, que tem comunidades mais longe, lá em São Gabriel da Cachoeira, por exemplo, que, a mulher, ela ia para a reunião para quê? Pra ela ficar sentada, esperando o marido dela, mas ela não tem voz. Hoje em dia não. Elas já vão para a reunião, que às vezes os maridos não podem, porque eles vão caçar ou eles tão em viagens políticas e são elas que falam por eles, né? Então você percebe como é que o avanço vai chegando. Ninguém sabe explicar o porquê disso. Porque continua sendo uma comunidade distante, que vive da agricultura, da pesca, né, e... mas vai chegando, aos poucos, e ninguém entende daonde tá vindo, né, de toda essa revolução feminista dentro do Rio Negro” (MULHERES INDÍGENAS, 2014).

movement. At the same time, Indigenous women established new gender-related concerns to the larger Indigenous agenda. Issues such as domestic violence, reproductive health, income generation and women's participation in decision-making, filled the original agenda (VERDUM, 2008).⁴

The 1990's represented a decade of civil society participation in international affairs, mainly due to the UN major conferences. Also, in the transition to democracy, Indigenous and environmentalist NGOs, such as the Missionary Indigenous Council (CIMI), connected to the Catholic Church, or even the ISA, which sought to strengthen the Indigenous movement. Their claim has been supported (VITALE, 2016) by the Brazilian public sphere and even by FUNAI. It took time for Indigenous women to gain visibility of the non-Indigenous public, however, it ended up pluralizing the feminist movement in Brazil. During the 2000s, chapters of women were developed in Indigenous organizations such as the COIAB and the Federation of Indigenous Organizations of Rio Negro (FOIRN) (SACCHI, 2003). Nationally, the creation of a National Bureau of Politics for Women in 2003 as well as the promulgation of the Maria da Penha Law in 2006 are considered milestones of which the Indigenous women issue was highlighted and supported by NGOs and government agencies.⁵

The influence of the national and international feminist movement as well as the so-called third wave feminism are relevant aspects in Brazil as they consider race and ethnicity as cross-cutting issues. By the end of the first decade of the 2000s, associations of Indigenous women were being established in a more endogenously way, without the mediation of NGOs or government bodies. The movement gained visibility in 2014, when Sonia Guajajara, the experienced and accomplished vice-chair of COIAB (2009-2013), was chosen to coordinate APIB, the main national Indigenous association.⁶ Sonia, a petite woman with a powerful voice and great words, increased the visibility of the Indigenous cause nationally and internationally. The election of Joenia Wapichana, the first Indigenous lawyer to advocate a case before the Federal

...

⁴ Interview with the NGO environmental activist S.B. (fictitious name) to the author on September, 21st, 2017.

⁵ 2007 meetings included Indigenous Women, Violence and Public Policy Workshop, by the Department of Women of the COIAB and the Institute of Socioeconomic Studies (INESC) in partnership with regional Indigenous chapters; The Women and Youth Indigenous National Meeting in Cuiabá/MT was organized by FUNAI; National Commission for Indigenous Policy, among others. Regional meetings in the North and Centre-South were also carried out.

⁶ APIB was established in 2005, during the Acampamento Terra Livre, an annual mobilization to display the Indigenous peoples' situation and claim their rights from the Brazilian State.

Supreme Tribunal (STF, 2008) as the first Indigenous congresswoman, was a breakthrough in the activism of the Indigenous peoples and women. Women still occupy other spaces of political power, in organizations such as COIAB, which elected Nara Baré as coordinator, and Angela Amanakwa Kaxuyana as treasurer coordinator in its XI Assembly in 2017. Finally, Telma Taurepang was elected general secretary of the Women's Movement of the Indigenous Council of Roraima from 2010 to 2017 and, since 2017, she has been coordinator of the Union of Brazilian Indigenous Women. From the perspective of regional cooperation, this period has evidenced the creation of several political spaces for Indigenous women. In 2010, COICA held the workshop Indigenous Women of the Amazon in Puyo, in Ecuador, attended by 17 women from various Amazonian peoples.⁷ COICA held its first Congress of Indigenous Women in July 2017, attended by 60 Indigenous leaders from the nine Amazonian countries, including Brazil.

Local conditions and transnational participation thus fostered the creation of the Movement of the Brazilian Indigenous Women. Acting as mediators from local, global and yet again local, Indigenous women based on human rights to justify their national and global audiences. For instance, they displayed the idea of women's rights to their local context and inscribed the right to collective lands in the global norms of international human rights.

As previously discussed, the genesis of the Movement of the Indigenous Women in contemporary Brazil can be attributed to the entanglement of internal political processes of Indigenous peoples, to the dynamic transnational processes imposed on them, as well as the global and regional cooperation among Indigenous Amazonian peoples such as the Taurepang and the Kichwa of Sarayaku. Concurrently, between 2015 and 2018, the UN Women, in partnership with the Norwegian Embassy, implemented the pioneering project "The Voice of Indigenous Women" aiming to create favorable conditions for them to develop a common political agenda and to enhance their most imminent demands as Indigenous and women in Brazilian society. It does not mean that the Indigenous women's leadership in Brazil is tributary of the UN Women's initiatives, but it does evidence how their meetings with international cooperation agencies have empowered them, promoted their exchanges, and also prompted their movement.

A short documentary named *Voz das Mulheres Indígenas*, by Glicéria Tupinambá and Cristiane Pankararu, was responsible for launching the project in 2015. Although it is about 20

...

7 The workshop has been part of the Project "Fortaleciendo las agendas ambientales de mujeres indígenas andinas y amazónicas y sus redes de interacción," implemented by the International Union for the Conservation of Nature (UICN) and UN Women. Its goal was to reflect and debate on the women's organization process, leadership, priorities, and the development of their skills.

minutes long and presents only features interviews with women from groups located in northeastern Brazil, the documentary evidences empowered women of different ages, ethnicities and backgrounds. Some of them are “caciques” (tribe leaders), one is divorced, and others suggest multiple loyalties. Regardless of their personal situation, they all underscore both the difficulty as well as the importance of occupying their space as women within their original societies. As Marilene Pataxó-Hãhãhãe states:

I think that we must do that, to come after our fellow women so they can have access to information, right? We have been very, you know, it is very painful because we used to be very discriminated. We, Pataxó-Hãhãhãe women, used to be very discriminated and for us to occupy this space of ours, it has been, like, a struggle, a tough one, so we could be here today, because for a long time... Our “caciques”, our husbands, we are still discriminated for them, we are meant to be cooking, cleaning, and taking care of the children.⁸

In the documentary, the Indigenous women share their perceptions, commitments, goals, and problems, such as the struggle for their territories, the violation of their rights by farmers and/or the state, the neglect and violence sanction of the state, the gender-based violence, as well as the discrimination by ‘non-Indigenous society’. Despite their multiple engagements, positions, ethnicities and both collective and personal histories, it is possible to evidence that they represent common concerns.

Benhabib’s approach to cosmopolitanism highlights how these women present themselves and tell their histories, as the narration enables them to weave the personal and the collective, the past and present, thus clarifying it to their audiences. Both in the documentary about the women of the Northeast, and in a program with Pataxó women recorded in Minas Gerais, in southeast Brazil, the image of the ‘Indigenous woman’ as a warrior is recurrent (MULHERES/CONEXIDADES, 2016). According to them, ‘the Pataxó woman’ is a warrior because (i) she performs domestic labor and cares for her children, (ii) helps her husband with subsistence farming, and (iii) takes Indigenous claims seriously and, finally, stands in the front line in the constant armed conflict for demarcation of Indigenous lands. They also assert that they

...

⁸ Translation from the original in Portuguese: “Acho que nós precisamos fazer isso, buscar nossas companheiras, para que elas possam hoje ter o conhecimento, né? A gente foi, assim, muito, é, muito doloroso, porque a gente era muito discriminada. Nós, Pataxó-Hãhãhãe, nossas mulheres era muito discriminadas e pra nós conquistar esse espaço nosso foi, assim, uma luta, de muita luta, pra nós, hoje, mulheres Pataxó-Hãhãhãe tá hoje aqui ocupando um espaço, né, porque tinha vários... Tem os nossos caciques, os nossos maridos, ainda era discriminada, porque nós só, pra eles nós era só pra estar na beira do fogão, cuidando dos nossos afazeres domésticos e das crianças” (VOZ DAS MULHERES INDÍGENAS, 2015).

face discrimination outside their home, in ‘non-Indigenous society’, as they are Indigenous and suffer gender-based domestic violence. In fact, both in the documentary and in the program with the Pataxós, some women claim that ‘violence against women also occurs in Indigenous societies’ (VOZ DAS MULHERES INDÍGENAS, 2015).

The Pataxó and other Indigenous peoples in states of the Brazilian Northeast do not mention the ‘original patriarchy’ as the prevalingly non-Indigenous feminist movement does, nor do they propose a ‘new epistemology’, such as the anti/de/postcolonial approaches or the communitarian feminism in Guatemala, for instance. Their statements suggest that their main ambition is to strengthen the laws of the Federal Constitution and to implement the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Subsequently, the UN Women focused on the mutual help as women and Indigenous.

Drawing once again on Benhabib’s theorization on cosmopolitanism, it is possible to understand that the UN project seeks to establish intersubjective spaces through the meetings, mutual recognition, and exchange of Indigenous women: the idea is to offer them the experience of creating themselves a space where they are assured of speaking and being heard and in which they can replicate in their “aldeias”. In a 2016 video (VOZ DAS MULHERES INDÍGENAS, 2016) some of those women met once again in Brasilia to discuss the project and further actions to be taken within their “aldeias.” They stated that they intend to act as multipliers by sharing their experience from the UN Women exchanges to their peers as well as the feedback from their societies to the UN Women. However, they must translate all the information they collect within their societies to the UN, as well as the UN’s suggestions to their peers.

The title of the 2016 workshop, “Indigenous Women and their Strategy on the Defense of the Indigenous Rights,” along with the speeches of women, reveals the project ultimate commitment, i.e., to prepare them for political leadership on their own behalf and on behalf of their peoples. Their empowerment is, therefore, meaningful to the Indigenous women as well as to Indigenous men. It is committed to enable them to become peers in interactions within Indigenous societies and political players on behalf of Indigenous peoples within the Brazilian public sphere. It echoes the 1970s Latin-American feminism regarding stronger environmental concerns, a consistent cosmopolitan front, as well as a critical relationship to developmental enterprises. It has litigated in the Inter-American Human Rights System against the Belo Monte hydroelectric power plant in the *Xucuru* case (IACHR, 2009 and 2015), a product of a (neo)developmental economic policy implemented in Brazil after the 2008 crisis.

The way the UN Women has documented its formation is another interesting aspect to be analyzed. Based on that, the 2016 documentary records a language difference in comparison to the 2015 one. In the former, the political players clearly share a language in order to frame their demands and also highlight terms of “empowerment”, barely heard in the documentary of 2015. Some women evidenced the benefits from the UN Women’s office, located in Brasilia,

and how important it was to ‘socialize a vocabulary’ concerning gender. The word “empowerment” is a central piece in this vocabulary, as it represents a social agent responsible for questioning their condition before Indigenous men and the status of Indigenous peoples before the Brazilian state.

In dialogic and democratic iteration processes (BENHABIB, 2006), Indigenous women critically appropriate their status as individuals of human rights related to both gender and ethnic minorities: as members of a demographic majority relegated to an inferior position and of an ancestral minority condemned to the margins of the state, they challenge the relationship of women and Indigenous to the Brazilian state, the construction of the *demos* and the humanity (VITALE, NAGAMINE and SOUZA, 2018). In the *Mulheres Indígenas: Vozes por Direitos e Justiça* documentary, released in 2018, the political action of Indigenous women is framed as a matter of rights and justice. Sponsored by the Canadian Embassy, it displays the narrative of a non-Indigenous woman (i) the V Kuñangue Aty Guasu, or the Grand Assembly of Guarani and Kaiowá Women, in 2017, with the presence of Nadine Gasman, UN Women representative and (ii) the 2018 Free Land Camping, with the speeches of the UN director for the Americas and Caribbean and the Minister of International Development of Canada and the Francophonie.

The non-Indigenous narrator unfolds deeds and accomplishments of the independent speakers Indigenous women— in short interviews alongside UN and Canadian representatives – enlightening the meaning of the land and religious practices in their society. It is a performative acknowledgment of some Indigenous claims, which unfolds the history by speaking the ‘native point of view’. It tells the history of the Indigenous women as the current collective political player. In contrast to the previous aspects, the 2018 documentary focuses on the Indigenous women’s intervention, i.e., ‘leadership and political participation’, and their ‘common national agenda’, i.e., based on the demands collected by 20 ‘multipliers’ within the “Voice of Indigenous Women”, who have listened to 104 of 305 Indigenous peoples in Brazil.

According to the narrator, their political action has a prestigious place within ‘traditional spheres of power’ to which the UN Brazil was invited. It in fact underscores the role the UN have played in the Movement of the Indigenous Women, mentioning the Commission on the Status of Women and the Permanent Forum of Indigenous Peoples (VITALE, 2016) and assuring their plurality and ‘pervasiveness capacity’. Norway and Canada sponsored their actions and also their advocacy, by enhancing the relevance of international cooperation issues such as the Indigenous movement and gender in international relations. They also uncovered aspects of spheres wherein political action takes place.

From a critical-theoretical perspective, not only does the international cooperation constrain and reward the political players by driving their action from the Global North, but it also effectively contributes to pluralize the viewpoints and worldviews within feminism, the Brazilian public sphere, and the global arena. As the political actions of Indigenous women

indicates, the openness of global and Brazilian public arenas to the feminist agenda has been explored in order to coordinate actions and formulate an Indigenous feminist platform, as well as to promote the Indigenous movement, which acquires a more feminine public front. In a democratic iteration process, the advanced transnational gender and Indigenous norms in the UN context are reinterpreted by the Brazilian local and incipient movement, empowered by the global standard, challenging it from a local point of view.

Indigenous women in Brazil and the UN Women have acted as mediators, connecting and producing, simultaneously, the local and the global. The enthusiasm for the contemporary forms of cosmopolitanism has been perceived as an insufficient critique of liberalism, especially its abstract universalism. Liberal universalism conceptualizes an individual who bears no diacritical marks such as race, color, sex, or gender, based on the dominant ontological hierarchies.

Postcolonial theorists base on the critiques of international relations theory to highlight how formal sovereign equality reproduces the asymmetry between states and supports the resilience of civilization as a diacritical mark. The framework of liberalism can be considered counter-emancipatory by definition, as it conceals the obstacles that liberalism poses to emancipation, despite the efforts to root and represent the liberal individual. Since post-colonial approaches assume that defenses of universalism and humanity aim to maintain the *status quo*, their theoretical efforts concentrate on uncovering the Eurocentrism and racism within liberal universals. However, based on Benhabib's contribution, the analysis of the global acting locally evidences the presence and mediation of the UN Women in Brazil, empowering Indigenous women, and challenging the post-colonial critique. Following the path of democratic iterations, human rights can be reinterpreted within the limits of local contexts.

5. CLOSING REMARKS: TOWARDS ANOTHER COSMOPOLITANISM?

The rise of a gender perspective in Indigenous societies is a multifactorial phenomenon, which is linked to the movement of leaders among their Indigenous communities of belonging, as well as different networks within and outside their countries. These leaders are connected to NGOs engaged in transnational campaigns for Indigenous rights, environmental protection, and human rights, in intergovernmental institutions, largely situated in the UN system. As a result of their international engagements, the women have become skillful mediators who appropriate local and global categories, and reframe them to understand and interpret cultural differences. Their goal is to gather support to their causes as Indigenous and as women.

Indigenous women such as Guajajara and others have become proficient in the language of human rights. This is a language of mediation which allows them to reinforce their claims in different contexts, especially to non-Indigenous audiences in Brazil and abroad. On the

one hand, Indigenous women seek to overcome limitations based on gender hierarchies with no radical change in their cultures; on the other, they address the Indigenous peoples' relations to the Brazilian non-Indigenous society, advocating for lands demarcation in a country that has reaffirmed its colonial relationship to land ownership at each historical time. Their demand for demarcation is sounder as it threatens the interests of powerful economic groups, considering that Latin America countries have historically exported commodities with no commitment to the Indigenous peoples.

The magnitude of Indigenous peoples' challenge and domestic constraints lead them to act through international channels. Developed states and international entities may also have sponsored their transnational activism. Rising within the Indigenous movement as political players, Indigenous women ended up mastering the human rights language, as well as their environmental and women's rights dialects. They mobilized global discourses, norms, and categories in speeches tailored to the audience by presenting an original point of view. They represent Indigenous peoples living in Brazil to global audiences, incite the Brazilian public to widen their imagination, and set in the development of a "cosmopolitanism from below" with non-Indigenous Brazilians (APPADURAI, 2013). As previously discussed, it represents a modern feminism, which is more committed to inter-gender alliances, intergenerational relationships maintenance, and environmental concerns. Their speeches also present an underlying critique of unrestrained forms of capitalism such as the Belo Monte power plant, built in the middle of the rainforest, in addition to the difficulty in demarcating their lands and the militarization of some Indigenous reserves.

To advance their demands and criticisms, Indigenous women seek international litigation venues, following the steps of the Kichwa peoples, who have taken part in displaying the cases *Raposa Serra do Sol* and *Xucuru* in the Inter-American Human Rights System (IACHR, 2009, 2010 and 2015). Though acceding the regional human rights system does not validate itself in the universality of human rights, their strategic applications exceed the instrumental dimension: by appropriating human rights as a legal category aimed to support engagement in national and transnational politics, Indigenous women fashion to a particular public, which addresses the public sphere and offers an alternative and hybrid universalism. Though the asymmetry within the Brazilian public sphere remains, such competing publics enhance disruptions and might create opportunities for Indigenous peoples and women to promote a reconfiguration of it. Based on that, the Movement of the Indigenous Women has rapidly achieved significant results in prompting Indigenous women to the center stage of Brazilian politics in the 2018 elections, wherein they respond for 1/3 of all Indigenous candidates (COPIÔ CANDIDATO, 2018).

In contrast, such movement sheds light on the possibilities and limits of universalistic approaches. In Brazil, the emergence of women's issues in the *aldeias* seems to have been synergistic, and later facilitated by UN Women, gathering women leaders together to exchange experiences, expertise, and information. It also provided them with a language to

describe issues concerning women in transnational forums as well as the validation of material resources. Our conclusion is that the UN Women has broken the relationship between European governments and Brazilian Indigenous societies, while Indigenous women have acted as mediators, mastering the human rights language and some of its dialects to move freely from the UN entity and international forums to their *aldeias*. They have also allowed universal concepts to access the *aldeias* in the middle of the rainforest along the Brazilian coast, by occupying the Brazilian public sphere and competing for a place in national political institutions. In this process they are increasingly becoming peers in local and national interactions.

Benhabib's thinking on cosmopolitanism supports our analysis of these interactions. Benhabib's cosmopolitan proposal represents an advance for the analysis of transnational phenomena: it maintains the Habermasian idea on the public sphere as a space to debate the validity of norms and reasserts the political action as means to solve impasses within society. She does not relinquish the normativity of universalism; instead, she tries to modulate it by developing a kind of 'anthropological universalism.'

One way of looking at Benhabib's theoretical efforts is to identify them as an answer to postmodern critiques of modernity in an era of human rights. Benhabib responds by situating and interpreting the subject of universal legal theories and instruments in accordance with the liberal tradition, however, with no neglect of power asymmetries. This sort of cosmopolitanism is distinct from the Kantian and Habermasian versions: it comprises international, national and local institutions that mediate among distinctly situated individuals, and acts as self-mediators. Benhabib is committed to analyzing the iterations of these institutions in environments in which non-authorized players also interpret norms and propose competing meanings in the public sphere. Assuming that the public sphere is constituted through action, it is possible to assume that Indigenous women also represent competing publics, challenging the constitution of the demos by acting as equal partners in social interactions (BENHABIB, 2011).

The way that Indigenous women mobilize (universal) human rights frames and channels to advance their claims to land, environment, health, and physical integrity challenges Indigenous and Brazilian societies' dynamics. 'Another cosmopolitanism' consists of thinking through conditions for global political interactions that allow political players to respond to the production of others on global, national, and local scales.

ACKNOWLEDGEMENTS

Denise Vitale thanks the Brazilian National Council for Scientific and Technological Development (CNPq) for the research grants (#311709/2015-0, #311377/2018-1 and #312013/2021-3). Renata Nagamine thanks the Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (Capes) for the post-doctoral fellowship (2017-2022).

REFERENCES

ALICIA KEYS recebe líder indígena no RiR e público vibra com “Fora, Temer”. *Uol*, São Paulo, Sept. 17th, 2017. Retrieved from: <https://musica.uol.com.br/noticias/redacao/2017/09/17/alicia-keys-recebe-lider-indigena-no-rir-e-publico-vibra-com-fora-temer.htm>. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

APPADURAI, Arjun. *The Future as Cultural Fact: Essays on the Global Condition*. London; New York: Verso, 2013.

APPADURAI, Arjun. *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*. Minneapolis; London: University of Minnesota Press, 2005.

APPADURAI, Arjun. Soberania sem territorialidade: notas para uma geografia pós-nacional. *Novos Estudos*, [s. l.], n. 49, p. 33-46, 1997.

ARCHIBUGI, Daniele. Principles of Cosmopolitan Democracy. In: ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David; KÖHLER, Martin (eds.). *Re-Imagining Political Community*. Cambridge: Polity Press, 1998. p. 198-228.

ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. 2nd. ed. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1998.

ARENDT, Hannah. *Men in Dark Times*. New York: Harcourt; Brace & World, 1968.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). *International Complaints Dossier of Brazil's Indigenous Peoples*. Brasilia: APIB, 2021.

BENHABIB, Seyla. The Future of Democratic Sovereignty and Transnational Law: On Legal Utopianism and Democratic Skepticism. *Strauss Working Paper*, v. 3/12. NYU School of Law, 2012.

BENHABIB, Seyla. *Dignity in Adversity: Human Rights in Troubled Times*. Cambridge; Malden: Polity, 2011.

BENHABIB, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BENHABIB, Seyla. *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2004.

BENHABIB, Seyla. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

BENHABIB, Seyla. Sexual Difference and Collective Identities: The New Global Constellation. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, [s. l.], v. 24, n. 2, p. 335-361, 1999.

BENHABIB, Seyla. *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*. Cambridge; Malden: Polity, 1992.

BUTLER, Judith. *Frames of War: When Is Life Grievable?* London; New York: Verso, 2009.

CHARLESWORTH, Hilary. Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations. *Harvard Human Rights Journal*, [s. l.], v. 18, p. 1-18, 2005.

CONFERENCIA MUNDIAL sobre pueblos indígenas, ONU-Patricia Gualinga, Sarayaku, Ec. 12 nov. 2014. Retrieved from: <https://www.youtube.com/watch?v=2tPm7mPr4c4&index=46&list=PL3QmGlKtQQAjCPQdCVVVpOuQZ0U3PyPoh>. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

COPIÔ, Candidato – Candidaturas Indígenas (Copiô 69), on Indigenous in Power. Sept. 2018. Podcast produced by ISA, audio 4:40. Retrieved from: https://soundcloud.com/socioambiental/copio-candidato-candidaturas-indigenas-copio-69?utm_source=isa&utm_medium=&utm_campaign=. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

COSTA, Sérgio. *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

COVER, Robert. Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 97, n. 1, p. 4-68, Nov. 1983.

CYFER, Ingrid. *A tensão entre modernidade e pós-modernidade na crítica à exclusão no feminismo*. São Paulo: FFLCH-USP, 2009.

DAHL, Jens. *The Indigenous Space and Marginalized Peoples in the United Nations*. New York: Palgrave MacMillan, 2012.

DELANTY, Gerard. *Routledge International Handbook of Cosmopolitanism Studies*. New York; London: Routledge, 2018.

DESCOLA, Philippe. Além de natureza e cultura. *Tessituras*, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2005.

GILROY, Paul. *The Black Atlantic: Modernity and Double Consciousness*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUM, Craig (ed.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge; London: The MIT Press, 1996. p. 109-142.

HABERMAS, Jürgen. *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Cambridge: The MIT Press, 1998.

HALL, Stuart. The West and the Rest: Discourse and Power. In: HALL, Stuart *et al.* *Modernity: An Introduction to Modern Societies*. Oxford: Blackwell, 1996.

HELD, David. Reconstructing World Order: Towards Cosmopolitan Social Democracy. In: HELD, David; MCGREW, Anthony. *Globalization/Antiglobalization*. Cambridge: Polity Press, 2007. p. 206-220.

HELD, David; MCGREW, Anthony (eds.). *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*. Cambridge: Polity Press, 2010.

HELD, David *et al.* *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*. Stanford: Stanford University Press, 1999.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (IACHR). *Case of Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Judgment of 27 June 2012 (Merits and Reparations).

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (IACHR). *Povo Indígena Xucuru v. Brasil*. Relatório n. 44/15. Caso 12.728. Relatório de Mérito. July 28th, 2015.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (IACHR). *Raposa Serra do Sol Indigenous Peoples v. Brazil*. Report n. 125/10. Petition 250-04. Admissibility. Oct. 23th 2010.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (IACHR). *Xucuru Indigenous People v. Brazil*. Report n. 98/09. Petition 4355-02. Admissibility. Oct. 29th, 2009.

KANT, Immanuel. *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History*. New Haven; London: Yale University Press, 2006.

KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca; London: Cornell University Press, 1998.

MACHADO, Marta; VITALE, Denise; RACHED, Danielle. Indigenous Women against Bolsonaro's Government in Brazil: Resisting Right-Wing Authoritarianism and Demanding Climate Justice. In: CAMPBELL, Albertyn; FREDMAN, Alviar; MACHADO, Marta (eds.). *Feminist Frontiers in Climate Justice: Gender Equality, Climate Change and Rights*. Forthcoming.

MENDIETA, Eduardo. From Imperial to Dialogical Cosmopolitanism. *Ethics & Global Politics*, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 241-258, 2009.

MIGNOLO, Walter. Cosmopolitanism and the De-Colonial Option. *Studies in Philosophy and Education*, [s. l.], v. 29, n. 2, p. 111-127, 2010.

MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

MULHERES INDÍGENAS. [Pelas mulheres indígenas] Como é a vida da mulher indígena na sua aldeia? Interviews at the TEIA 2014, [video file]. Retrieved from: <https://www.youtube.com/watch?v=AUQ7J0XNYog&t=0s&list=PL3QmGtKtQQAjCPQdCVVVpOuQZ0U3PyPoh&index=14>. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

MULHERE-SE | Conexidades | Indígenas – Mulheres Pataxós BL01, The Annual Auê Reruê Festival. June 3rd, 2016. [video file]. Retrieved from: <https://www.youtube.com/watch?v=0Z0AqrvHIhE&index=14&list=PL3QmGtKtQQAjCPQdCVVVpOuQZ0U3PyPoh>. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

NUSSBAUM, Martha. Kant and Stoic Cosmopolitanism. *The Journal of Political Philosophy*, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 1-25, 1997.

PATRICIA GUALINGA of Sarayaku Ecuador Delivers High Level Intervention at COP 23 Bonn. *Wecan International*, Nov. 17th, 2017. Retrieved from: <https://wecaninternational.wordpress.com/2017/11/17/patricia-gualinga-of-sarayaku-ecuador-delivers-high-level-intervention-at-cop23-bonn/>. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

PATRICIA GUALINGA. CEJI, 2013. Retrieved from: <https://www.youtube.com/watch?v=SJ9kgddtOKI&index=44&list=PL3QmGlKtQQAjCPQdCVVVpOuQZ0U3PyPoh>. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

SACCHI, Angela. Mulheres indígenas e participação política: a discussão de gênero nas organizações de mulheres indígenas. *Revista Antropológicas*, [s. l.], v. 14, p. 95-110, 2003.

SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1996.

SCHOLTE, Jan. *Reiventing Global Democracy*. Paper presented at the Gothenburg Centre of Globalization and Development, University of Gothenburg, Nov. 22nd-23rd, 2011. Retrieved from: http://www.gu.se/digitalAssets/1349/1349829_conf-2011-scholte.pdf. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Terra Indígena Raposa Serra do Sol: assista ao início do julgamento (3/5). *YouTube*, Aug. 27, 2008. Available at: <https://www.youtube.com/watch?v=aEcR0gWHjmk>. Accessed on: July 5, 2022.

VERDUM, Ricardo (org.). *Mulheres indígenas, direitos e políticas públicas*. Brasília: Inesc, 2008.

VITALE, Denise. *Deepening Global Deliberative Democracy: The Participation of the Amazon Indigenous Peoples at the United Nations*. Unpublished manuscript, European University Institute, 2016.

VITALE, Denise; NAGAMINE, Renata; SOUZA, Giselle. A ONU mulheres na aldeia: iterações democráticas e mediação cultural. In: VITALE, Denise; NAGAMINE, Renata. *Gênero, Direito e Relações Internacionais: debates de um campo em construção*. Salvador: Edufba, 2018.

VOZ das Mulheres Indígenas. Jan. 29th, 2016, [video file]. Retrieved from: <https://www.youtube.com/watch?v=Ari7A3zkbso&list=PL3QmGlKtQQAjCPQdCVVVpOuQZ0U3PyPoh&index=19>. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

VOZ das Mulheres Indígenas Documentary based on Interviews with Indigenous Women from Bahia, Pernambuco, Rio Grande do Norte, and Alagoas. Nov. 15th, 2015, [vídeo file] Dir. Glicéria Tupinambá and Cristiane Pankaru. Retrieved from: https://www.youtube.com/watch?v=MLSs_5elMqk. Accessed on: Sept. 20th, 2022.

WERBNER, Pnina. *Anthropology and the New Cosmopolitanism*. Berg Publishers, 2008.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

VITALE, Denise; NAGAMINE, Renata. Towards Another Cosmopolitanism: Indigenous Women's transnational activism in Brazil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2238. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202238>

Denise Vitale

PROFESSOR OF INTERNATIONAL RELATIONS AND HUMANITIES AT THE FEDERAL UNIVERSITY OF BAHIA, BRAZIL. RESEARCHER AT THE BRAZILIAN NATIONAL COUNCIL FOR RESEARCH AND DEVELOPMENT (CNPq). VISING SCHOLAR AT COLUMBIA UNIVERSITY (2001-2002), AT THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (2015) AND AT THE FREIE UNIVERSITÄT -BERLIN (2021-2022). PHD IN LAW AT SÃO PAULO UNIVERSITY.

denisevitale@gmail.com

denise.vitale@ufba.br

Renata Nagamine

AFFILIATED WITH THE GRADUATE PROGRAM ON INTERNATIONAL RELATIONS AT THE FEDERAL UNIVERSITY OF BAHIA. RESEARCHER AT THE BRAZILIAN CENTER OF ANALYSIS AND PLANNING (CEBRAP). PHD IN LAW AT SÃO PAULO UNIVERSITY.

renagamine@gmail.com

V. 18 N. 3

SET-DEZ 2022

ISSN 2317-6172

43

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS